Industry Canada Industrie Canada

Report on the Operation and Administration of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*

Canada

Report on the Operation and Administration of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*

September 2002
Marketplace Framework Policy Branch
Policy Sector

This publication is available upon request in multiple formats.
Contact the Corporate and Insolvency Law Policy Directorate at the numbers listed below.

For additional copies of this publication, please contact:

Corporate and Insolvency Law Policy Directorate
Room 560F, West Tower
235 Queen Street
Ottawa ON K1A 0H5

Tel.: (613) 952-1259
Fax: (613) 952-2067

This publication is also available electronically on the World Wide Web at the following address: **http://strategis.gc.ca/cilpd**

Permission to Reproduce
Except as otherwise specifically noted, the information in this publication may be reproduced, in part or in whole and by any means, without charge or further permission from Industry Canada, provided that due diligence is exercised in ensuring the accuracy of the information reproduced; that Industry Canada is identified as the source institution; and that the reproduction is not represented as an official version of the information reproduced, nor as having been made in affiliation with, or with the endorsement of, Industry Canada.

For permission to reproduce the information in this publication for commercial redistribution, please e-mail: **copyright.droitdauteur@communication.gc.ca**

Cat. No. Iu4-3/2002
ISBN 0-662-66932-0
53678B

10% Post-consumer fibre

103-06628/

CONTENTS

Executive Summary **1**

I. Introduction **5**

II. Overview **7**

1. Background 7

2. History 8

3. Economic Implications 9

4. Trends in Insolvencies 10

III. Administrative Policy Issues **13**

1. Volume of Insolvency Files 14

2. Access to the Insolvency Process 16

3. The Debtor Compliance Program 17

4. Regulatory Supervision: Reorganizations under the *CCAA* 18

5. Regulatory Supervision: Compliance of Receiverships 20

6. Funding of Operations 21

7. Advantages of New Technology 22

IV. Commercial Insolvency Issues **25**

Group 1

1. Wage-Earner Protection 26

2. Pension Protection 28

3. Debtor-In-Possession Financing 30

4. Unpaid Suppliers' Rights 32

5. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvencies 35

Group 2

6. Contractual Rights 37

7. Integration of the *BIA* and *CCAA* 39

8. Directors' Liability 42

9. Sanctions for Director and Officer Conduct Detrimental to Creditors 45

10. Transfers at Undervalue and Preferences 46

Group 3

11. Securities Firm Bankruptcies 48

12. The *Winding-up and Restructuring Act* 50

13. Financial Market Issues 51

14. Trustee Liability for Successor Employer Obligations and Pension Claims 51

V. Consumer Insolvency Issues 53

Group 1

1. Federal Exemptions 54

2. Exemption of RRSPs 57

Group 2

3. Reaffirmation Agreements 59

4. Streamlining Summary Administration 63

5. Registered Education Savings Plans 65

6. Enforcement of Security on a Bankrupt's Household Property 66

7. Mandatory Counselling 68

Group 3

8. Consumer Liens 70

9. Growth in Consumer Insolvencies 72

10. Student Loans 75

11. Wage Assignments 77

Appendixes 79

Appendix A: Recent Legislative Amendments 79

Appendix B: Priority of Claims 81

Appendix C: List of Submissions 83

Glossary 85

EXECUTIVE SUMMARY

INTRODUCTION In 1997, amendments to section 216 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (*BIA*) and section 22 of the *Companies' Creditors Arrangement Act* (*CCAA*) included a provision that both Acts would be referred to a Committee of Parliament for review five years after coming into force. That five-year period expired on April 25, 2002.

Industry Canada has prepared this report on the operation and administration of the *BIA* and the *CCAA*. The report summarizes for the Committee the issues that stakeholders identified as concerns. It contains no recommendations, because its purpose is to present issues and potential policy options to the Committee for deliberation and recommendations.

OVERVIEW Canada has three main insolvency statutes, each with distinct purposes: the *BIA*, the *CCAA* and the *Winding-up and Restructuring Act*, which is not the subject of statutory review at this time. The *BIA* is an all-encompassing Act providing for both personal and corporate insolvencies. It offers various alternatives, from outright bankruptcy for individuals or corporations to less extreme consumer proposals for individuals and reorganizations for businesses. The *CCAA* applies to reorganizations of corporations having over $5 million in debt. These reorganizations can proceed either under Part III of the *BIA* or under the *CCAA*. Unlike reorganizations under the *BIA*, the *CCAA* provides for a court-driven process that allows judges a high degree of flexibility in determining how best to deal with the specific cases before them.

Canada's existing insolvency legislation has its roots in the *Bankruptcy Act* of 1919, which was substantially revised in 1949 and more recently in 1992 and 1997. The *CCAA* came into being in 1933, but was not frequently used until the mid-1980s. Since that time it has become a popular means of reorganizing a corporation. It too was amended in 1997.

Insolvency statutes have an important role to play in the Canadian economy. Over the past 30 years, the total number of filings with the Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada (OSB) have increased from less than 10 000 annually in 1971 to almost 100 000 in 2001. In 2001 alone, the liabilities of people and businesses who became bankrupt or filed a proposal under the *BIA* involved almost $13 billion.

The *BIA* and *CCAA* form part of Canada's marketplace framework laws, helping to govern commercial relationships whether personal or business. Therefore, it is important to consider the impact of these laws beyond the results of a specific insolvency. Insolvency rules offer some security for investors and lenders in both commercial and consumer credit markets. This in turn affects credit rates and availability. In the commercial sphere, the certainty and reliability of the insolvency system play a role in attracting domestic and foreign investment as well as in promoting entrepreneurship and innovation. The efficiency with which the insolvency system enables assets to be redeployed improves overall economic performance. The speed, transparency and fairness with which assets are disposed of help to minimize the harm to the creditors and ensure integrity in the insolvency proceedings. Certain and reliable insolvency rules also improve the efficiency of consumer credit markets, enabling individual borrowers to obtain the funds they need for personal investment and consumption at reasonable cost.

The principal consideration in an era of increased competitiveness is how to make the insolvency process as efficient as possible for those faced with insolvency, while maintaining fairness. In the knowledge-based economy, there is an increasing need for the quick and frequent redeployment of assets from insolvent businesses to new and profitable ventures. The market generally is effective in redeploying assets to their best uses. However, sometimes assets are not appropriately redeployed. By overcoming some of these shortcomings, bankruptcy law can improve both efficiency and fairness in commercial insolvencies.

Similar concerns also exist in consumer credit markets. Consumers may lack the information required to make good borrowing decisions and some elements of the consumer credit market may lack vigorous competition. Insolvency law can help overcome these problems.

ADMINISTRATIVE POLICY ISSUES The OSB is directed by the *BIA* to supervise the administration of estates under the Act, keep records of proceedings, investigate complaints and oversee the trustees in bankruptcy who administer bankruptcy estates. The OSB's responsibilities and powers were substantially increased by the amendments made to the *BIA* in 1992 and 1997.

The OSB has identified seven areas of concern involving the administration of the insolvency system as a whole: 1) the high volume of files, particularly in consumer bankruptcies, which shows no sign of abating; 2) access to the insolvency system, which is increasingly difficult for low-asset low-income debtors; 3) debtor compliance, which is difficult to ensure given the rising caseload, increasing complexity of cases and scarcity of resources; 4) regulatory supervision, which is not provided for at all in the *CCAA*; 5) regulatory supervision of receiverships under current *BIA* rules; 6) funding of OSB operations, which is made difficult by statutory and administrative constraints; and 7) new technology, whose adoption is being impeded by *BIA* restrictions.

COMMERCIAL INSOLVENCY ISSUES The commercial issues discussed in this report can be broadly grouped into three categories. The first category includes the most contentious issues — those that continue to evoke views very much opposed to one another and not easily resolved. The most controversial are wage-earner and pension protection; debtor-in-possession financing; unpaid suppliers rights; and the adoption of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on Cross-Border Insolvencies.

The second category represents the issues where significant differences exist among stakeholder views. These differences do not appear to be insurmountable and can likely be resolved to general satisfaction through technical amendments. Issues in this category are the extent to which the exercise of contractual rights should be constrained in insolvencies; integration of the *BIA* and *CCAA*; directors' liability; sanctions for director and officer conduct detrimental to creditors; and transfers at undervalue and preferences.

The third category contains those issues that through the consultation process received general support for a specific course of action. They include securities firm bankruptcies; limiting access to the *Winding-up and Restructuring Act* for insolvency purposes to insolvent financial institutions; the financial market issue about whether securities commissions and exchanges should be exempt from *BIA* and *CCAA* stays; and protection for trustees against personal liability as successor employers.

This report outlines the findings from these consultations on commercial insolvency issues in meetings across Canada that were attended by over 200 interested stakeholders. Industry Canada distributed three discussion papers before the consultations and has received comments on the issues raised in the papers, in both written submissions and in the consultations themselves. Small and large businesses, academics, lawyers, judges, financial institutions, the credit industry, labour, and various federal and provincial government agencies have all contributed.

CONSUMER INSOLVENCY ISSUES Consumer insolvency issues have been examined in a manner similar to that used for commercial issues. A discussion paper on various issues and options was issued in May 2002 and posted on the Industry Canada Web site as a means of stimulating debate. This was followed by public consultations in the spring of 2002, which attracted approximately 250 participants from diverse backgrounds.

Consumer insolvency issues have also been examined by the Personal Insolvency Task Force (Task Force), an independent panel established by the OSB with membership from various stakeholder groups. The draft report of the Task Force was considered by the Department in preparing the discussion paper.

The consumer issues discussed in this report have also been grouped according to the degree of consensus among stakeholders. The first, and most contentious group, includes the federal exemptions issue and whether Registered Retirement Savings Plans (RRSPs) should be exempt.

The second group is made up of those issues for which a reasonable consensus exists in principle, subject to working out appropriate technical details. This group encompasses reaffirmation agreements; the streamlining of summary administration bankruptcies; the exemption of Registered Education Savings Plans (RESPs); the enforcement of security on a bankrupt's household property; and mandatory counselling.

The final group includes those issues for which a high degree of consensus emerged, and for which little or no opposition was displayed during consultations. These issues are consumer liens, growth in consumer bankruptcies, student loans, and wage assignments.

It is the stated intention of the Government of Canada to make sure that Canadian laws and regulations remain among the most modern and progressive in the world, and Industry Canada would welcome any guidance or recommendations that the Committee may offer.

1. INTRODUCTION

Canada has three main insolvency statutes, each with distinct purposes: the *Bankruptcy and Insolvency Act* (*BIA*), the *Companies' Creditors Arrangement Act* (*CCAA*) and the *Winding-up and Restructuring Act*. In 1997, amendments to section 216 of the *BIA* and section 22 of the *CCAA* included a provision that both Acts would be referred to a Committee of Parliament for review, five years after coming into force. That five-year period expired on April 25, 2002. The *Winding-up and Restructuring Act*, which is primarily the tool of financial institutions and not-for-profit agencies, is not the subject of mandatory review at this time.

The significance of these Acts and any possible reforms should not be overlooked. Canada has a highly regarded insolvency system. It is frequently cited as a model in international insolvency panels, such as the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), and is one of only three insolvency systems exhibited on the World Bank Web site. Indeed, the World Bank describes the Canadian system as "a uniquely Canadian multinational insolvency regime which focuses on cooperation and coordination."

Given the respect that Canada's insolvency legislation and system have received internationally and their important role in the economy, it is important that the Acts continue to reflect the intention of the Government of Canada to make sure that Canadian laws and regulations remain among the most modern and progressive in the world.[1] The role of the Committee in achieving this goal is considerable and Industry Canada would welcome any guidance or recommendations that the Committee may offer.

1. Speech from the Throne, January 30, 2001.

Although the *CCAA* was amended in 1997 and the *BIA* in 1992 and 1997, those amendments were not comprehensive. Some issues remained outstanding, while others have emerged since that time. In this report, the discussion is grouped under three headings:

1. administrative policy issues;
2. commercial insolvency issues; and
3. consumer insolvency issues.

The administrative policy issues highlight procedural obstacles raised by stakeholders during various meetings, including national forums on insolvency. Some of these issues relate to the needs of the Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada (OSB) if it is to administer the system effectively, while others involve the impediments faced by stakeholders that can be improved or simplified.

The commercial insolvency issues can be broadly grouped into three categories. The first includes the most contentious issues — those that continue to evoke views very opposed to one another and not easily resolved. These issues are wage-earner and pension protection, debtor-in-possession financing, unpaid suppliers rights, and the adoption of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvencies. The second category represents the issues where significant differences exist among stakeholder views. These differences do not appear to be insurmountable. The final category contains those issues that received general support for a specific course of action.

The commercial issues portion of this report is the result of continuing stakeholder consultations, responses to three discussion papers, and meetings across Canada that were attended by over 200 interested stakeholders. Industry Canada has received comments and contributions from small and large businesses, academics, lawyers, judges, financial institutions, the credit industry, labour, and various federal and provincial government agencies. We are indebted to all parties who participated in the process.

The same consultation process was carried out for consumer insolvency issues, with approximately 250 stakeholders participating. In addition, these issues have been examined by the Personal Insolvency Task Force (Task Force), an independent panel established by the OSB with membership from various stakeholder groups. The draft report of the Task Force was considered by Industry Canada in preparing the departmental discussion paper.

Consumer insolvency issues were also grouped according to the degree of stakeholder consensus. The issues exhibiting no clearly preferred option were federal exemptions and the exemption of RRSPs. Those with more modest differences that can likely be resolved are reaffirmation agreements, the streamlining of summary administration bankruptcies, the exemption of RESPs, the enforcement of security on a bankrupt's household property, and mandatory counselling. The final group, which offered a high degree of agreement among stakeholders, includes consumer liens, growth in consumer bankruptcies, student loans, and wage assignments.

II. OVERVIEW

1. BACKGROUND

The Bankruptcy and Insolvency Act

The *BIA* is an all-encompassing Act for both personal and corporate insolvencies. It offers various alternatives, from outright bankruptcy for individuals or corporations to less extreme consumer proposals for individuals and reorganizations for corporations. The various alternatives are meant to reflect the seriousness of the financial problems being experienced by the debtor and to offer a degree of protection to the creditors.

Where no hope remains of restoring an insolvent person or corporation to financial viability, bankruptcy is a means of liquidating the assets for the benefit of the creditors, providing the debtor with a fresh start, and getting the assets back to work in a profitable environment. Where restoration is possible, the *BIA* provides both consumers and corporations of any size with the means to make a proposal to their creditors to restructure their debt. These are commonly known as "consumer proposals" for consumers and "reorganizations" for corporations. Proposals and reorganizations generally result in a greater return to creditors, while allowing the individual or business to continue to function and to recover. In both bankruptcies and reorganizations, the *BIA* provides a structured system and ensures a fairly predictable and consistent outcome.

The Companies' Creditors Arrangement Act

The *CCAA* applies only to corporate reorganizations involving more than $5 million in debt. In these cases, the reorganization can proceed either under Part III of the *BIA* or under the *CCAA*. Unlike reorganizations under the *BIA*, the *CCAA* provides for a court-driven process that allows judges a high degree of flexibility in determining how best to deal with the specific cases before them. The *CCAA* provides a general framework to allow for a reorganization, while the *BIA* has more specific rules for reorganization.

The benefits of a successful reorganization are the expectation of a greater return to creditors than in bankruptcy, profitable continuation of the business, and the maintenance of jobs. If a reorganization is unsuccessful, bankruptcy would usually follow.

2. HISTORY

Canada's existing insolvency legislation has its roots in the *Bankruptcy Act* of 1919, which was substantially revised in 1949 and more recently in 1992 and 1997. The *CCAA* came into being in 1933, but it has only been since the mid-1980s that it has been popular as a means of reorganizing a business. It too was amended in 1997 (see Appendix A for details).

Although the *BIA* contains provisions for reorganizations, at the time the *CCAA* came into being the provisions were only available to companies that were actually bankrupt. The *CCAA* was an alternative for companies that may be insolvent but not actually bankrupt. This distinction has since been removed. The only substantial difference in making use of the two statutes is that to start a *CCAA* proceeding, the debtor corporation must have at least $5 million in debts.

The 1992 changes focussed on:

- maximizing value through reorganization and rehabilitation;
- improving the equitable distribution to suppliers and employees; and
- improving administration of the *BIA*.

The 1997 reforms:

- encouraged consumer debtor responsibility;
- improved the reorganization provisions; and
- further improved the administration of the Acts, including the administration of securities firm bankruptcies and international insolvencies.

While substantive, these changes were not comprehensive. The intention was to modify the Acts over time, addressing concerns based both on priority and on the ability to identify a means of correcting specific problems. Resolving concerns is particularly difficult in insolvency law because the fundamental issue is a shortfall of money. Any attempt to improve the circumstance of one stakeholder comes at the expense of another. This makes the balancing of fairness among the parties particularly difficult.

3. ECONOMIC IMPLICATIONS

The *BIA* and *CCAA* form part of Canada's marketplace framework laws, helping to govern our commercial relationships for both consumers and businesses. Therefore, it is important to consider the impact of these laws beyond the results of a specific insolvency.

Since 1992, total liabilities found in consumer insolvencies averaged approximately 0.5 percent of the Canadian gross domestic product (GDP).[2] At the end of the recession in 1992, liabilities for business insolvencies amounted to 1.2 percent of GDP. It then dropped to 0.5 percent of the GDP in 1999 and has now increased to 0.8 percent in 2001.

2. OSB database.

Bankruptcy and reorganization rules offer some security for investors and lenders in both commercial and consumer credit markets. This in turn affects credit rates and credit availability for business and consumer borrowers. In the commercial sphere, the certainty and reliability of the insolvency system play a role in attracting both domestic and foreign investment as well as in promoting entrepreneurship and innovation. The efficiency with which the insolvency system enables assets to be redeployed improves overall economic performance. The speed, transparency and fairness with which assets are disposed of help to minimize the harm to the creditors and make sure of the integrity in the proceedings. Certain and reliable insolvency rules also enhance the efficiency of consumer credit markets, enabling individual borrowers to obtain the funds they need for personal investment and consumption at reasonable cost.

Typically, bankruptcy is viewed negatively, signifying failure. The effect is felt by all those involved with the business or individual. Employees lose their jobs and sometimes remain unpaid, suppliers absorb a loss, lenders may not recover the full amounts owed, and the losses may put some of these groups at risk for bankruptcy themselves. Even the survival of smaller communities can be put in jeopardy. Reorganizations, if successful, offer some relief from these effects, but losses are still sustained.

A consumer bankruptcy has less impact on the community as a whole, but imposes severe financial constraints on the bankrupt and his or her family. The fresh start provided by insolvency legislation is an important safety net for consumer borrowers.

The principal consideration in an era of increased competitiveness is how to make the insolvency process as efficient as possible for those faced with insolvency, while maintaining fairness. In the knowledge-based economy, there may be an increasing need for the quick redeployment of assets to new and profitable ventures. Although broad economic considerations are important, it is essential not to lose sight of the individuals and businesses who are affected by these events and who must be dealt with fairly.

The market can sometimes fail to take into account certain side effects in a commercial bankruptcy situation. These side effects, or externalities, include such things as the

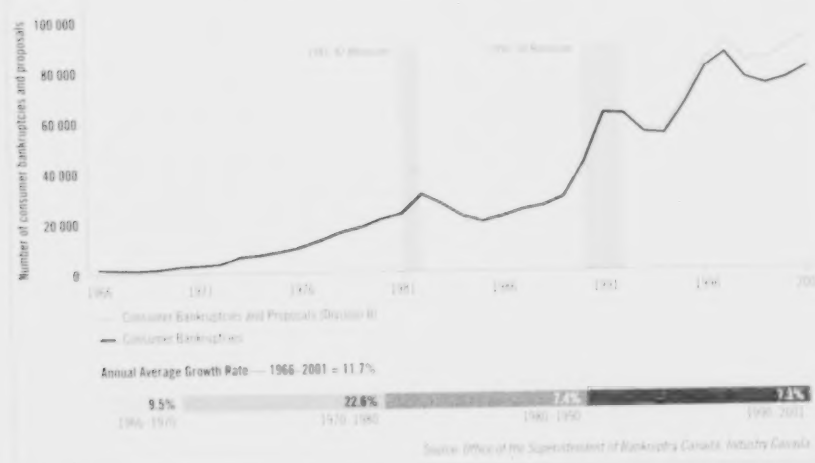
3. The total of consumer filings, business filings, Division I and II proposals since 1993 and existing proposals before 1993; Division I concerns reorganizations, and Division II involves consumer proposals.
4. Consumer bankruptcies and Division II proposals.
5. Business bankruptcies, Division I proposals and pre-1993 proposals.

impact of geographic redeployment of the assets and the effects on other businesses and the community. Creditors, who are especially sensitive to risks, may want to act quickly and seize the secured assets, thus pushing the business closer to a bankruptcy that might otherwise be avoided. Insolvency law provides various rules to help reduce some of these obstacles to an efficient market.

In many cases it is preferable to avoid bankruptcies through the use of business reorganizations or consumer proposals. If a reorganization or proposal will not likely succeed and bankruptcy is the only reasonable approach, an objective of an insolvency regime should be to ensure a fair, efficient and predictable disposition of the assets, while minimizing the hardships experienced by various stakeholders.

Figure 1:
Total Number of Filings, Canada, 1966–2001

Figure 2:
Number of Consumer Bankruptcies and Proposals, Canada, 1966–2001



4. TRENDS IN INSOLVENCIES

Over the past 35 years, the total number of filings[3] with the OSB has increased by an average of 9.1 percent per year (Figure 1). However, this rate of increase has slowed over the decades: it was 16.7 percent during the 1970s, 7.0 percent during the 1980s and 6.1 percent between 1990 and 2001.

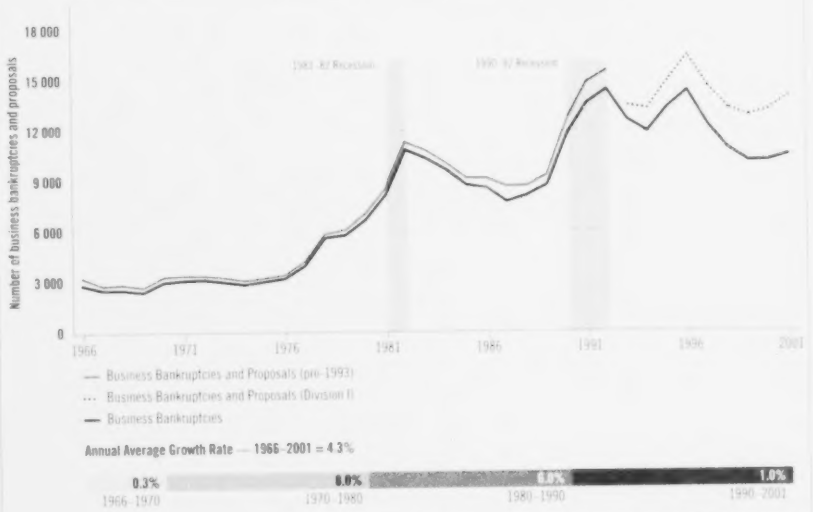
Between 1966 and 2001, the growth in consumer filings[4] (11.7 percent, Figure 2) was greater than the growth in business filings[5] (4.3 percent, Figure 3). As with the filings as a whole, the growth in consumer and business filings slowed since 1980. In 1993, proposals were divided into two distinct categories: business proposals (under Division I) and consumer proposals (under Division II). The average annual rates of increase in business and consumer proposal filings since 1993 were 19.4 percent and 28.3 percent, respectively. Over the same period, the average annual growth in consumer bankruptcy filings was 4.8 percent, whereas business bankruptcy filings declined by an average of 2.3 percent per year.

The shaded regions in Figures 1, 2 and 3 mark the periods of economic slowdown in the early 1980s and 1990s. During both periods, there was an increase in the number of filings. The pickup in economic activity that followed these periods tended to offset that increase. The evidence therefore shows that variations in economic activity temporarily affect the number of filings. Structural factors — such as population growth, number of businesses and number of self-employed workers — may account for some of the increase in filings. For example, since 1980 the population has increased by 33 percent, while consumer insolvency filings increased by 403 percent. In addition, the increase in the indebtedness ratio[6] from 61 percent in 1984 to 95 percent in 2001 may also account for part of the increase in the number of consumer filings.

Since 1971, consumer bankruptcy filings with the OSB accounted for a greater share of the total than did business bankruptcy filings (Figure 4). Since 1976, roughly 70 percent to 80 percent of filings with the OSB have been consumer bankruptcies.

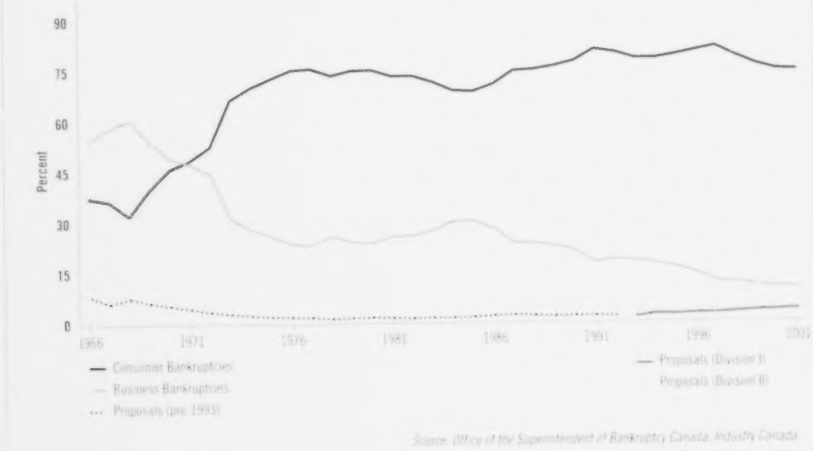
6. This ratio is equal to the sum of consumer and mortgage credit, divided by personal disposable income.

Figure 3:
Number of Business Bankruptcies and Proposals, Canada, 1966–2001



Source: Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada, Industry Canada.

Figure 4:
Distribution of Business and Consumer Bankruptcies and Proposals, Canada, 1966–2001



Source: Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada, Industry Canada.

impact of geographic redeployment of the assets and the effects on other businesses and the community. Creditors, who are especially sensitive to risks, may want to act quickly and seize the secured assets, thus pushing the business closer to a bankruptcy that might otherwise be avoided. Insolvency law provides various rules to help reduce some of these obstacles to an efficient market.

In many cases it is preferable to avoid bankruptcies through the use of business reorganizations or consumer proposals. If a reorganization or proposal will not likely succeed and bankruptcy is the only reasonable approach, an objective of an insolvency regime should be to ensure a fair, efficient and predictable disposition of the assets, while minimizing the hardships experienced by various stakeholders.

Figure 1
Total Number of Filings, Canada, 1966–2001

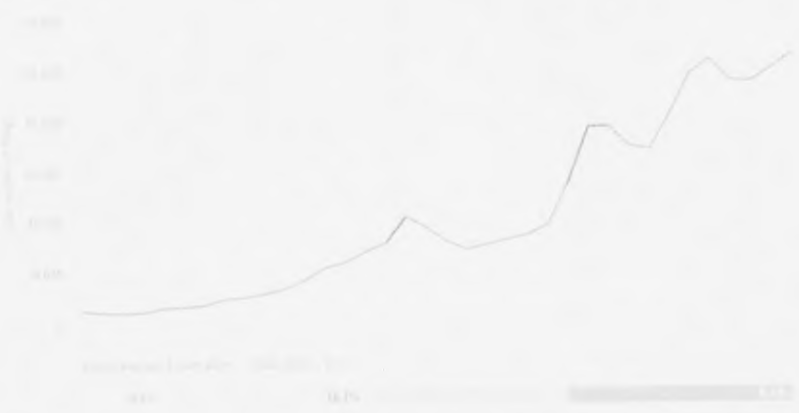
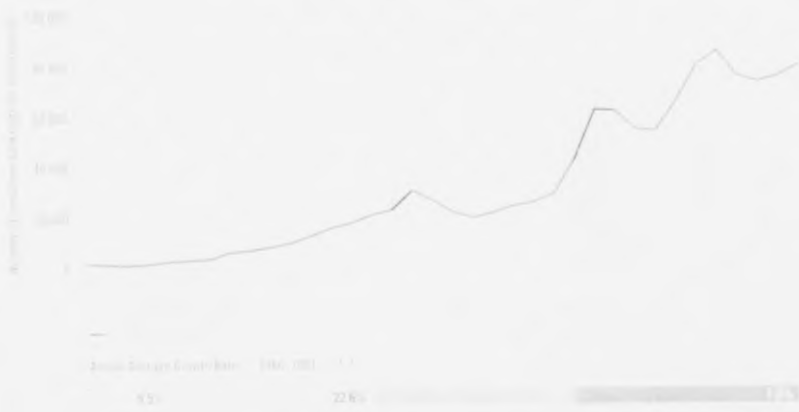


Figure 2
Number of Consumer Bankruptcies and Proposals, Canada, 1966–2001



Over the past 35 years, the total number of filings[7] with the OSB has increased by an average of 9.3 percent per year (Figure 1). However, this rate of increase has slowed over the decades: it was 16.7 percent during the 1970s, 7.0 percent during the 1980s and 6.1 percent between 1990 and 2001.

Between 1966 and 2001, the growth in consumer filings (11.7 percent; Figure 2) was greater than the growth in business filings (4.3 percent; Figure 3). As with the filings as a whole, the growth in consumer and business filings slowed since 1980. In 1993, proposals were divided into two distinct categories: business proposals (under Division I) and consumer proposals (under Division II). The average annual rates of increase in business and consumer proposal filings since 1993 were 19.4 percent and 28.5 percent, respectively. Over the same period, the average annual growth in consumer bankruptcy filings was 4.8 percent, whereas business bankruptcy filings declined by an average of 2.3 percent per year.

The shaded regions in Figures 1, 2 and 3 mark the periods of economic slowdown in the early 1980s and 1990s. During both periods, there was an increase in the number of filings. The pickup in economic activity that followed these periods tended to offset that increase. The evidence therefore shows that variations in economic activity temporarily affect the number of filings. Structural factors — such as population growth, number of businesses and number of self-employed workers — may account for some of the increase in filings. For example, since 1980 the population has increased by 33 percent, while consumer insolvency filings increased by 403 percent. In addition, the increase in the indebtedness ratio[6] from 61 percent in 1984 to 95 percent in 2001 may also account for part of the increase in the number of consumer filings.

Since 1971, consumer bankruptcy filings with the OSB accounted for a greater share of the total than did business bankruptcy filings (Figure 4). Since 1976, roughly 70 percent to 80 percent of filings with the OSB have been consumer bankruptcies.

[6] The ratio is equal to the sum of consumer and mortgage credit divided by personal disposable income.

Figure 3:
Number of Business Bankruptcies and Proposals, Canada, 1966–2001

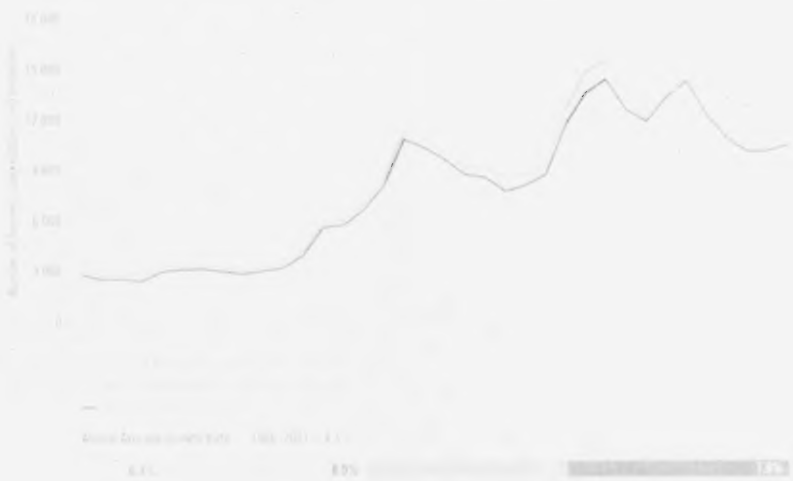


Figure 4:
Distribution of Business and Consumer Bankruptcies and Proposals, Canada, 1966–2001

III. ADMINISTRATIVE POLICY ISSUES

The *BIA* gives the Superintendent of Bankruptcy the mandate to "supervise the administration of all estates and matters to which this Act applies." The *BIA* charges the Superintendent with the supervision of bankruptcy estates, business reorganizations, consumer proposals and receiverships. The Superintendent must keep a publicly accessible record of insolvency proceedings (more than 100 000 new filings are added each year) and a record of complaints from creditors, debtors and the general public, and it must conduct investigations where necessary. The Superintendent also licenses and oversees administrations by roughly 900 private-sector trustees, and establishes and implements professional standards for the administration of estates with a view to preserving the integrity of Canada's insolvency system.

The OSB has three broad areas of activity. First, it must ensure a soundly operating insolvency process supported by an effective regulatory framework. Second, it must ensure compliance with insolvency legislation by discouraging offences and fraud and encouraging stakeholders to abide by the legislation. And third, it must provide the administrative infrastructure required by the *BIA*.

The OSB's legislative framework has evolved with changes in the economic, social and political environment. The *BIA* has undergone two major revisions in the past decade. One effect of these revisions has been to broaden the OSB's mandate. The first revision, carried out in 1992, amended the Act to expand or clarify the Superintendent's powers to carry out the OSB's legislated mandate to include:

- the issuance of such directives required to give effect to any decision made under the *BIA*, along with the provision that the persons to whom those directives apply must comply with them;
- jurisdiction over all aspects of trustee licensing;
- authority to require the trustee to submit their account final statement of receipts and disbursements to the courts for taxation; and
- jurisdiction to supervise receiverships.

The second revision was carried out in 1997. Though more modest than the first, it also expanded the role of the Superintendent by:

- clarifying the jurisdiction of the Superintendent over certain aspects of licensing;
- requiring the Superintendent, through directives, to establish the formula for determining surplus income; and
- requiring that a mediation service be provided for disputes between debtors and their creditors concerning the share of the debtor's income payable to them.

As a result of comments received and various sessions conducted with stakeholders, including national insolvency forums held across the country in 1999, the Superintendent has identified seven areas that would benefit from review.

1. VOLUME OF INSOLVENCY FILES

The issue

The continued growth in the number of insolvency files over the past 35 years has given rise to concerns about the factors that have caused this growth. An issue is whether preventive approaches should be sought to counter the upward trend in the volume of insolvency filings and to encourage debtors to adopt better credit management practices to reduce the likelihood of insolvency.

Background

Total insolvency filings have increased by an average of just over 9 percent per year over the past 35 years. In 2001, the liabilities of businesses involved in proceedings under the Act amounted to $7.8 billion and the liabilities of consumers totalled $5.1 billion. Based on the indebtedness ratio of the Canadian public, there is every reason to believe that the number of insolvencies will continue to rise over the coming years.

The causes of insolvency are many and there are usually more than one of them in any specific case. However, a distinction must be drawn between business and personal insolvencies. Although business insolvencies are also affected by the specific environment of each business, it seems clear that the volume of business insolvencies is directly tied to the economic context. Indeed, weakness in trade and economic activity can easily lead a specific business to insolvency.

By contrast, the causes of personal insolvencies go beyond the economic context. Some are purely financial in nature, but others are related to the social or family context or simply to the insolvent person's conduct. Unemployment, unforeseen events, lifestyle, age, demographic profile, credit and interest rates are among the factors that have a significant bearing on the number of personal insolvencies. Under the credit heading

alone, the number and diversity of financial products and their increasing complexity and relative ease of access contribute to a greater risk of financial difficulties for users.

The provincial and federal governments and private financial planning organizations already offer programs and services designed to prevent insolvency. The 1992 revision responded with certain measures, such as an obligation to offer consumer debtors a counselling service and the introduction of a new proposal process for debt settlement. These measures seek to solve some of the problems that stem from endemic debt, notably by providing education about good credit management or by favouring a consensual settlement of debts that is simple, effective and satisfactory for both debtors and their creditors.

The 1997 revision introduced the concepts of surplus income and mediation, thereby clarifying the fact that debtors who are able to do so have a responsibility to contribute a share of their income to the creditors as a whole, subject to a mediation service if they disagree on the amounts to be paid.

Admittedly, these measures only come into play when the individual is already insolvent. The issue is whether other preventive approaches should be sought to counter the upward trend in the volume of insolvencies and encourage debtors to adopt better credit management practices that make bankruptcy less likely to occur. Presently, the OSB only intervenes once insolvency has occurred. Several stakeholders — creditors, consumers' associations, insolvency practitioners and credit counsellors — have called for more sustained and coordinated efforts related to education and prevention.

Considerations

It is difficult to control the social and economic factors that contribute to insolvency. One can easily envisage a situation in which the OSB can handle an increasing caseload thanks to technological innovations, but where sustained volume growth stretches to the limit its ability to detect and stop abuses. If this happens, lenders and investors may lose confidence, and this could in turn increase the cost of credit and constrict the availability of financial products for all Canadians.

Access to credit counselling services at a suitable time and greater attention to education on financial management, would be important contributions to any program aimed at reducing excessive indebtedness. Studies conducted to date establish that appreciation for counselling services is growing both among authorized counsellors and by users. Many regret, however, that these services can only be offered at certain times and cannot be put to better use before a bankruptcy or insolvency situation arises.

2. ACCESS TO THE INSOLVENCY PROCESS

The issue

Access by debtors to Canada's insolvency system is increasingly difficult, because legitimate low-income debtors may find themselves unable to bear the costs associated with entering into bankruptcy.

Background

The administration of assets in an insolvency system is the job of trustees, who are generally either independent or associated with accounting firms. The *BIA* states that trustees are entitled to fees for services rendered. These fees must be paid from the pool of funds generated by the estate. Depending on the type of administration involved in the specific case, the fees are determined by the creditors or by a tariff that is based on a percentage of the total value of realized assets.

Trustees have no obligation to act as trustees for any assets. But once they have agreed to handle a matter, they must carry out their duties until they are discharged or another trustee is appointed in their place. For this reason, if a trustee believes it may be difficult to collect the fees, the trustee may be inclined to require an advance or security as a condition for taking on the matter. Such an approach is a barrier to access for low-income debtors who wish to avail themselves of the *BIA*.

Insolvent debtors do not earn enough income to cover all their debts. For most, their income is barely sufficient to cover their living expenses. Approximately 80 percent of consumer bankrupts in 2001 had no surplus income — that is, they were unable to pay a portion of their monthly income into the bankruptcy estate for the benefit of the creditors as a whole. The situation is even more critical when the income does not cover basic family needs. Debtors in these situations may not have access to the insolvency process because they are unable to pay the administrative fees. To overcome this problem the OSB has established the Bankruptcy Assistance Program, based on voluntary participation by trustees, who have agreed to provide services at no charge to debtors who are unable to afford the services of a trustee.

In addition, the assets available for realization and distribution are determined by the Act, which expressly states that some of the debtor's assets cannot be included in the estate distributable to his or her creditors. This includes property exempt from seizure under provincial law. The trustee does not have control over that property and cannot seize it. The creditors cannot benefit from the sale of that property and its value cannot be taken into account in determining the trustee's fees. As a result any reduction in the pool of seizable assets has a direct impact on the amounts that can be generated in the estate and consequently on the money available for administration costs.

Legislation, administrative measures and court decisions have all contributed to reducing the size of this pool over the past 10 years. GST credit payments and the credit for heating allowance are examples of payments that cannot (at least to some extent) be included in the total value of assets for the purposes of determining fees. Provincial legislatures have increased the value of property exempt from seizure. In addition, some courts have rendered decisions preventing trustees from collecting certain amounts from discharged debtors even though the debtors had initially agreed to pay these amounts, thereby reducing the trustees' fees by an equivalent amount.

At the present time, approximately 50 percent of the files do not generate sufficient funds to warrant any distribution to creditors. Furthermore, in 13 percent of these cases, there is less than $1000 in receipts, which is generally insufficient to cover administrative costs. This creates an additional obstacle to efforts to ensure the insolvency process remains accessible.

Considerations

This situation is worrisome because it could ultimately bar access to all but those who can pay the administration fees. Paradoxically, for the neediest of persons — those for whom the insolvency process is a veritable lifeline — purely monetary considerations could constitute a substantial obstacle to access. Moreover, this situation tends to discourage trustees from participating in the Bankruptcy Assistance Program, further limiting low-income debtors' access to the insolvency system. In fact, trustee participation in the Bankruptcy Assistance Program has observably declined in parts of the country.

In this context, should the concept of universal access to bankruptcy services be redefined with new measures taken to ensure access, or should access cease to be seen as a right?

3. THE DEBTOR COMPLIANCE PROGRAM

The issue

An effective program to ensure debtor compliance with the Act is essential to eliminate abuse and maintain the public's trust. The rising caseload, combined with the increasing complexity of cases and scarcity of resources, is undermining the effectiveness of these programs.

Background

Participants at national forums on insolvency held in 1999 indicated that debtor compliance issues were a major concern for them. The OSB uses a number of methods for uncovering and eliminating abuse and works closely with the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), to which it entrusts the task of conducting criminal

investigations. Clearly, however, the caseload increase is reducing the number of files that can be sampled for detection, thereby increasing the risk of unchecked abuses.

The RCMP's availability and capacity for dealing with investigations originating with the OSB are increasingly constrained by the reduction in police resources allocated to economic crimes. This phenomenon has reduced the number of cases entrusted to the RCMP over the years and is unduly prolonging properly assigned cases.

Allocation of police resources to bankruptcy investigations is increasingly sporadic. Persons assigned to insolvency cases are regularly and suddenly reassigned to other unrelated duties, causing excessive delays and hampering the evidence gathering process.

Considerations

Insufficient allocation of resources to investigations can cause many people to believe that offences can be committed with impunity and perpetuates the idea that a person can plan a fraudulent bankruptcy without incurring meaningful risks.

In addition, the economic fraud investigation mechanism is cumbersome, complex, long and costly. When an investigation is launched, people must be interviewed, public funds are used, joint meetings between the OSB and the RCMP are held, and Crown prosecutors must be assigned to the case. The complexity of these investigations, using multidisciplinary resources, requires a high degree of cooperation between various authorities. As such, the offences part of the *BIA* could be modernized and also reviewed to determine if some of these offences would be better addressed through the use of civil and/or administrative remedies rather than having to resort to criminal proceedings.

Again, the absence of an effective compliance program could quickly give rise to a perception that a person can plan a fraudulent bankruptcy without running any serious risk. Such a situation can quickly erode the confidence of lenders and investors, which could increase the cost of credit and reduce investments, affecting businesses and consumers alike.

4 REGULATORY SUPERVISION: REORGANIZATIONS UNDER THE *CCAA*

The issue

Unlike other insolvency-related legislation, the *CCAA* is not subject to any administrative supervision process. Without this supervisory authority, it is practically impossible to assess procedures under the *CCAA* or to verify whether services are being performed properly. It is also very difficult to measure the effectiveness of the reorganization schemes or to verify whether they are being applied and administered consistently.

Background

Canada has two statutes governing reorganizations of corporations — the *BIA* and the *CCAA*. This contrasts with the United States, where all reorganizations are covered under the *Bankruptcy Code*.

Many large businesses experiencing serious financial problems opt for the *CCAA* regime. Yet there is no simple way to determine which companies use the *CCAA* in a given year, nor to ascertain their profiles or how successful their reorganization processes were. This is because there is no centralized public record of *CCAA* reorganizations.

The lack of information about complaints against one or more parties involved in the *CCAA* process creates another constraint. It is practically impossible to do a proper analysis of the main grievances. If such an analysis were performed, preventive measures could be implemented, thereby increasing confidence in results under the *CCAA* and in the parties involved.

Since 1997, the *CCAA* has required a monitor to be appointed to monitor the affairs and finances of the company during the reorganization period, in accordance with the order of the court. Monitors are not subject to any qualification requirements or rules of professional conduct. Many stakeholders have expressed concerns about this, noting the numerous potential conflicts of interests they might face, especially if they are acting in various other capacities for the debtor company.

Considerations

Since there is no supervisory agency and with records being scattered among the various courts in which the individual cases are commenced, there is no way to ascertain the results of proceedings under the *CCAA* regime. For all intents and purposes, it is impossible to measure the impact of the *CCAA*'s use on the Canadian economy. Although results can be obtained for a specific situation, there is no way to assess the performance of the *CCAA* overall. Ultimately, the lack of a supervisory process could undermine the trust of investors and lenders, causing them to consider withdrawing their financial backing when faced with proceedings under the *CCAA*.

Given the social and economic importance of *CCAA* reorganizations and the burgeoning number of *CCAA* proceedings over the past decade, the implementation of a supervisory regime may be worthy of consideration. The regime could:

- establish a national and public registry;
- include mechanisms to handle complaints;
- provide the power to intervene in court proceedings under the *CCAA*, much like the power under subsection 5(4) of the *BIA*; and
- state that only holders of a trustee licence may be monitors.

These characteristics would not unduly constrain the flexibility required in large company reorganizations. They would make the process more transparent and ensure that creditors and other stakeholders would have a grievance resolution mechanism that is less onerous than court litigation.

5. REGULATORY SUPERVISION: COMPLIANCE OF RECEIVERSHIPS

The issue

Part XI of the *BIA*, which governs receiverships, has not been effective. It has not been used as intended in many areas of the country.

Background

Part XI of the *BIA* governs a secured creditor's realization of a security when the creditor or its agent, called a "receiver," takes possession of all or substantially all of the assets of a business to realize them for the benefit of the secured creditor. Among other things, Part XI provides for a system of notices to be sent to creditors, the keeping of a public record, and for receivers to render accounts and act with care when selling the debtor's assets.

Common law courts have interpreted Part XI restrictively and have even suggested a tempered approach in implementing its provisions. The prevailing opinion is that Part XI does not apply in Quebec because there is no corresponding concept in Quebec civil law to the concept of receiverships.

The definition of "receiver" in subsection 243(2) of the *BIA* completely excludes numerous situations akin to receiverships from Part XI. For example, it excludes lessors who cause a merchant's property to be sold following a default in payment of rent.

Considerations

Many believe that the protection offered by Part XI of the *BIA* is illusory. Creditors are more interested in protecting their claims and maximizing their recovery and the penalties for those who do not comply with the provisions are weak.

Some say that the mechanisms in Part XI are cumbersome and unhelpful in many situations where the value of the assets is relatively low. They would like to be exempt from Part XI, or at least have a simplified procedure applied to their circumstances.

Others believe that provincial legislation governing security on property adequately protects debtors and unsecured creditors against abusive realizations, and that Part XI makes little or no contribution in this regard.

6. FUNDING OF OPERATIONS

The issue

In 1997, the OSB became a Special Operating Agency for bankruptcy system users. This enabled it to benefit from greater administrative flexibility and requires, among other things, that it operate on a cost-recovery basis. Currently, the OSB depends solely on income generated by its operations to carry out its statutory mandate. Yet certain statutory and administrative constraints that it must deal with seem inequitable.

Background

One of the challenges facing the OSB is to find the best way to ensure compliance with the *BIA* while dealing with budgetary limitations. Since becoming a Special Operating Agency, the OSB carries out its operations with greater transparency, is more accountable for its results, and is more committed to responding to clients' concerns. The number of insolvencies has been rising every year, with caseloads increasing at the same rate, and as a result the risks of non-compliance or fraud by debtors or trustees are also increasing.

The OSB's approach to carrying out its mandate has changed somewhat over the last few years. It now accords less importance to following up on individual files and more importance to supervising trustees and debtors. These compliance activities are currently funded through a variety of fees: filing fees, levies on dividends payable to the creditors, licence fees, and fees for searching the public record.

The insolvency process is under significant pressure. Just as the rise in insolvencies is increasing the workload, the OSB must make sure that the various compliance programs are properly run, even though increased resources must be devoted to process the growing volume of insolvencies. To deal with this situation, it is crucial to find new bases of revenue so that the OSB can carry out its mandate under the Act effectively.

Moreover, revenue inflow is not properly matched with work effort. A significant output of work is required in the year following the opening of an insolvency file, but most of the fees, the majority of which are levies on dividends, are only collected in the second or third year. This puts pressure on the OSB to increase registration fees so that it can meet these requirements and better match revenue inflow with workload.

Considerations

The current fee structure of the OSB is consistent with the fairness principle, which holds that all funding structures should be based on the proposition that those who benefit from a service should support the associated costs. But some stakeholders believe that the user-pay principle should not be the sole basis for allocating fee increases. They argue that the entire Canadian public benefits from an effective and

just insolvency system that can be trusted. Thus, in their view, taxpayers should absorb a part of the OSB's operating costs, notably in the area of compliance.

It is tempting to increase filing fees. Unlike levies, these filing fees are collected at the very beginning of the bankruptcy process; they constitute more predictable inflows, and few external factors can distort budget forecasts. Any increase in filing fees, however, aggravates the access problem for debtors with limited financial resources.

Under the current Act, the Superintendent administers an account for unclaimed dividends and undistributed funds. The amount accumulated in that account stands at $7 120 000 as of January 2002. In a cost-recovery system, it would seem fair to allow these amounts to be reinvested in the process and to help reduce the costs for all interested parties. There are some benefits to this approach, notably that it would be relatively easy to administer and would generate additional revenues. An amendment to the Act providing for a limitation period of perhaps two years would be needed. After that period, unclaimed amounts could be credited to the OSB.

Cross financing would be an alternative to meet the requirement to reduce the financial pressures on the OSB. For example, the filing fee for receiverships could be substantially increased so that it is comparable to the filing fee for an ordinary bankruptcy. The surplus from the receivership filing fees could fund other insolvency procedures or services. Currently, costs from receiverships are recovered in full and under the current funding framework it would be difficult to accept a situation where surpluses were allocated to other services. Lessening this restriction would be justified, since it is imperative to keep consumer filing fees as low as possible so as not to reduce access to the insolvency process.

Another avenue that is being considered is to amend the Act to allow investigation costs to be recovered in files where the conduct of a trustee is at issue.

The benefit of these alternatives would be to reduce the pressure on the OSB to increase filing fees.

7. ADVANTAGES OF NEW TECHNOLOGY

The issue

Since bankruptcy and insolvency processes are primarily legal, there are several provisions in the *BIA* that need to be changed to fully enable the use of electronic transactions.

Background

The OSB has committed itself to implementing an electronic system that can perform tasks currently carried out on paper. Practically every service is involved: transmitting

information or documents, communications, cash and other transactions, and filing and registering insolvency proceedings. This is in keeping with the changes being experienced by banks, courts and many other institutions.

There are many advantages to electronic transactions: they are conducted more quickly, users benefit from lower costs, and the increase in insolvency proceedings becomes easier to handle. New information exchange and processing systems will also increase the OSB's capacity to analyse compliance programs and policies. Such a change would appear to offer benefits to both users and the OSB. This type of program may not be possible without clarifying the *BIA* specifically to allow electronic transactions.

Many stakeholders are already convinced of the enormous potential that e-commerce offers and hope to put it to good use in the insolvency field. Close to 80 percent of the OSB's services are already available electronically and the OSB projects that all of these services will be available electronically by 2004.

Considerations

Some provisions of the *BIA* could be amended to provide more clearly for electronic transactions. The amendments would enable trustees, creditors, courts and all interested parties to take full advantage of technological innovations in their legal dealings with each other. Greater permissiveness would generally improve the processing of transactions and reduce system costs.

IV. COMMERCIAL INSOLVENCY ISSUES

Over the past few years, Industry Canada has been reviewing Canada's insolvency legislation as it relates to commercial issues. This process culminated in a series of public consultation meetings held in the fall of 2001. Discussion papers issued by Industry Canada were used to stimulate debate on a dozen topics. Other issues were raised by stakeholders before, during and after these meetings.

This section provides the Committee with a brief overview of 14 issues, the views of the different stakeholders, and the ideas that emerged from the consultations. During the consultations, meetings were held across Canada that were attended by over 200 interested stakeholders. Industry Canada distributed three discussion papers prior to the consultations and has received comments on the issues raised in the papers, in both written submissions and in the consultations themselves. Small and large businesses, academics, lawyers, judges, financial institutions, the credit industry, labour, and various federal and provincial government agencies all contributed.

The issues can be broadly classified in three groups, where:

- there are contentious differences among stakeholder groups about what policy should be followed. These include wage and pension protection, debtor-in-possession financing, unpaid supplier rights, and the adoption of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvencies.

- there are significant differences among stakeholders, but the differences do not appear to be insurmountable and can likely be resolved to general satisfaction through technical amendments. These include contractual rights, integration of the *BIA* and the *CCAA*, directors' liability, sanctions for director and officer conduct detrimental to creditors, and transfers at undervalue and preferences.

- there is general support for a particular course of action. This includes proposals that comprise securities firm bankruptcies, the *Winding-up and Restructuring Act*, financial market issues, and trustee liability for successor employer obligations and pension claims.

GROUP 1

1. WAGE-EARNER PROTECTION

The issue

The degree to which wage and pension income is protected in insolvency proceedings is of concern.

Background

The *BIA* provides a measure of protection to wage earners. Wage claims up to $2000 are a preferred claim, ranking ahead of ordinary creditors' claims in a bankruptcy, but behind secured creditors' claims and some Crown claims (Appendix B describes the priority of claims). This level of protection was provided by amendments to the *BIA* enacted in 1992, which raised the amount of wages protected from the $500 provided in the 1949 *Bankruptcy Act*.

Wage-earner protection in bankruptcy is a long-standing issue in Canada. It has been considered on numerous occasions since 1970, and the 1992 amendments have by no means laid the issue to rest. Several models for protection have been considered in these previous reform efforts, all of which would have provided stronger protection than is now available. They included super-priority protection for wages, ranking wage claims ahead even of secured claims, and compensation of wages out of a fund financed by a tax on employers or employees, or out of general revenues. A variation of funded protection was to provide protection to wage earners through the Employment Insurance Program.

Super-priority protection has been considered in all of the reform efforts to date. Super-priority provisions were proposed in government bankruptcy bills introduced in 1975 and 1984.

A wage protection fund was proposed in Bill C-22, as it was introduced in 1991. Wage claims up to $2000 would have been protected in bankruptcies and receiverships. The fund provisions were withdrawn from the Bill before its enactment in 1992. Fund protection was endorsed by the Senate Committee in 1975 and 1980, the Landry Committee in 1981, the Colter Committee in 1986 and the de Grandpré Committee in 1989.[7]

Protection under the Employment Insurance Program was considered before the development of the Bill C-22 reforms, and again in the discussions leading up to the 1997 amendments to the *BIA*. No proposal went forward.

7. The Committee on Wage Protection in Matters of Bankruptcy and Insolvency, chaired by Raymond Landry, was established by the Minister of Consumer and Corporate Affairs in 1980 to advise the government on how wage protection could best be achieved. The Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency, chaired by Gary Colter, was set up by the Minister of Consumer and Corporate Affairs in 1985 to examine the bankruptcy system and recommend changes to modernize it. Jean de Grandpré chaired the Advisory Council on Adjustment to the Free Trade Agreement.

Considerations

It is generally accepted that employees are vulnerable creditors. They usually lack the information to assess the risk that their employer will go bankrupt, and have limited bargaining power to protect themselves. Distributional questions of fairness are involved, because any protection for wage earners must be paid for by the other creditors, employers or taxpayers generally, depending on the form of protection. Wage protection measures may also affect economic activity and efficiency, because those who bear the costs of protecting wage earners can be expected to adjust their behaviour to minimize those costs.

Super-priority would provide stronger protection than presently exists by elevating the employee ahead of at least some other creditors. However, it still provides neither certain nor necessarily prompt protection. Super-priorities may also affect credit availability by imposing higher risks on secured creditors, especially where the financing involves labour intensive industries. These shortcomings have previously been noted by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce.

A fund would provide certain protection. A major issue for fund protection has been the cost. The proposed 1991 scheme was estimated to cost about $60 million. A federal government study carried out in 2000 indicated that wage claims under a super-priority system are likely to be in the $15 million to $25 million range. This assumes no change in behaviour as a result of the fund. Administrative costs would have to be added to those projections. Another issue is whether such a cost should be imposed on employers who would not go bankrupt, such as governments, municipalities, universities, schools and hospitals.

Consultations

In consultations held with insolvency law stakeholders in September and October 2001, the majority viewed wage earners as vulnerable creditors who need some form of statutory protection. Current protection was generally thought to be insufficient. Still, it was noted that wages are often paid by the employer's bank; when going concern sales of a bankrupt enterprise are arranged, the successor employer takes on responsibility for wages.

Of the possible measures to improve protection, a super-priority was preferred. This would raise the priority for wage claims over the claims of secured creditors. Stakeholders advised that strict limitations be imposed, including a dollar cap, a short protection period (one pay period was suggested), and limiting coverage to wages only (not vacation, severance or termination pay). It was also suggested that perhaps the super-priority could be made to apply only to a business's working capital assets.

Some problems were noted, even with limited super-priority measures. Lenders said that super-priority would affect their margin calculations and reduce credit availability.

Having the *BIA* recognize provincial super-priorities was seen as a variant of the super-priority approach. Some concern was expressed about the possible administrative difficulties that would be encountered under this model, which would provide for different levels of protection in different provinces. On the other hand, some favoured this approach of adopting super-priorities with which lenders are comfortable now.

There was some support for the wage protection fund option, though less than for a super-priority. On the positive side, stakeholders noted the ability of a fund to provide certain and prompt protection (although the experience of Ontario and to a lesser extent Manitoba with their funds has cast doubt on the promptness of payment under a fund). On the negative side, it was said that funds would generate strategic behaviour, raising its costs considerably above what the current volume of wage claims in bankruptcy would suggest. In particular, it was noted that banks would stop voluntarily funding wage claims. Maximum use would then be made of funds because wage earners, encouraged by employers, would always take advantage of them. Those directly involved — wage earners, employers and creditors — would have no incentive to keep costs down. Concern was also expressed about the added bureaucracy that a fund would require and about making employers contribute who would not likely go bankrupt.

In the consultations, Employment Insurance-related funding was supported by labour ministry officials from several provinces, in particular the option that would see the Employment Insurance Program waive the standard two-week waiting period in the case of an employee from a bankrupt business. In a separate process, provincial members of the Canadian Association of Administrators of Labour Legislation support reform and proposed a model that would see the Employment Insurance fund pay up to $2000 in unpaid wages resulting from bankruptcy. Employment Insurance would then recover those funds from any funds collected by the Canada Customs and Revenue Agency from its super-priority claim. This could be coupled with the waiver of the two-week waiting period. This type of funding would provide certain and relatively prompt protection. However, there are concerns that it may not be consistent with the intentions of the *Employment Insurance Act*.

2. PENSION PROTECTION

The issue

There are concerns about whether the existing protection for unpaid contributions and unfunded liabilities of pension plans is adequate and, if not, how it should be enhanced.

Background

The *BIA* provides no special protection for unpaid contributions to pension plans. Priorities are provided under federal and provincial pension legislation, although it is uncertain whether the provincial priorities would be recognized in bankruptcies. Ontario is the only province that provides funded protection for pension claims.

Pension protection has been less of an issue in previous bankruptcy reform efforts than wage protection. Nevertheless bankruptcy bills tabled in the 1970s and 1980s would have given priority for up to $500 in pension claims and the Landry, Colter and de Grandpré committees all recommended that pension claims be covered by the funds they proposed.

Considerations

Many of the same considerations apply as with wages. Pensioners are vulnerable and lack the information to assess risks properly and to protect themselves. Super-priorities covering pension claims would increase protection, but could also affect credit availability. A fund would provide more certain protection, but the financing costs could be significant.

Consultations

Some regarded the current protection as insufficient, although there was less concern about pension claims than wage claims. Claims for unfunded liabilities were said to be a more serious problem than claims for unremitted periodic contributions. Unfunded liabilities could be identified by an actuarial study determining that a plan was underfunded, or by an improvement in plan benefits negotiated between an employer and plan members that would put a plan in an underfunded situation temporarily. It was suggested that protecting unfunded liabilities caused by negotiated plan improvements would be unfair, in that it would impose added risk on an employer's creditors. Defined-benefit plans were said to be a much more serious problem than defined-contribution plans, since with benefit plans, a deterioration in plan investments may reduce plan assets below the level needed to cover the fixed benefit obligations, triggering unfunded liabilities. It was suggested that improved protection for pension plan claims would be discriminatory, because most of the benefits would be reaped by defined-benefit plan members.

A super-priority was the most favoured method of improving protection for pension plan claims. As with wages, however, the support was subject to strict limitations, including a dollar cap, coverage only for periodic contributions (not unfunded liabilities), coverage for one period in contributions only, and priority against working capital only. Lenders indicated that super-priorities would affect credit availability, especially if unfunded liabilities are covered.

Protecting pension plan claims through a fund received less support than did a super-priority. Provincial governments were not enthusiastic about providing fund protection, given previous experiences in Manitoba and Ontario. There also was some concern about covering unfunded liabilities. These could impose a potentially large financing burden on taxpayers.

3. DEBTOR-IN-POSSESSION FINANCING

The issue

Stakeholders are concerned about whether new financing for a reorganizing company should be entitled to rank ahead of existing creditors, when that financing is necessary to the restructuring of the company.

Background

Debtor-in-possession financing, also referred to as DIP financing, is a financial vehicle used to assist insolvent businesses. A business that seeks to reorganize, whether under the *CCAA* or the *BIA*, typically requires cash. Usually these businesses would already be heavily financed; otherwise their usual financing sources would be available to them. Lending to such a business on normal terms is risky, given the existing financial hardship and the lack of available security.

In DIP financing a new lender provides an injection of cash, but in exchange for doing so may jump ahead of other secured creditors. This way, if the reorganization is unsuccessful, the new lender is protected at the expense of other creditors. The benefit to the other creditors is that if the reorganization is successful, they may recover more of what is owed to them than if the corporation went bankrupt. If there was no infusion of cash, the business would likely fail completely.

Neither the *BIA* or the *CCAA* has any provisions that deal with DIP financing. It is an American creation, which Canadian judges have authorized in *CCAA* cases under what is referred to as their "inherent jurisdiction."

Considerations

Through DIP financing, businesses that would otherwise be liquidated in bankruptcy have the opportunity to continue. If successful, jobs are saved, creditors receive a greater return and a profitable enterprise contributes to economic growth. The easier the access to such financing, the more businesses have the opportunity for recovery.

On the other hand, reorganizations that are not successful end up as bankruptcies. In these cases, a creditor who has had his or her security displaced by the new lender runs the risk of greater loss than the creditor may have experienced if the company had

gone bankrupt at the earlier opportunity. Giving creditors more control over whether they wish to exercise their secured rights or participate in the reorganization would certainly improve fairness, but may make DIP financing impractical. Greater creditor control allows market forces to operate freely as the terms between the original borrower and lender are respected.

Concern also exists that an insolvent company, which may have both financial and managerial difficulties, may do no better with new financing and simply result in greater loss. This concern is heightened by the instability of the company. If the company has only a token net worth at that time, the management of the company are gambling with someone else's money, particularly those whose security was lost or diminished.

Consultations

A majority of stakeholders felt that DIP financing should not be imposed on creditors without further defining for the courts the circumstances in which it is warranted. This is not what the present circumstance is, however, and there is a strong element of the public who support leaving the *CCAA* as it is. Much work needs to be done to fashion a system that satisfies the concerns of all parties.

While the merit of saving companies was acknowledged, and while it was accepted that DIP financing may be fundamental to doing so, many of those commenting held the view that it was inappropriate to be required to take on added risk without any choice in the matter.

Much of this view was based on two fundamental points. First, the success rate for reorganizations is unknown, because *CCAA* proceedings are not reported anywhere. In the absence of any idea about how often a reorganization benefits the existing creditors versus resulting in later failure, it is hard to measure the value of DIP financing. Second, DIP financing emanates from the U.S. system, where there are some fundamental differences both legally and economically that help to justify its application.

Those challenging DIP financing noted that generally businesses in the United States are not as heavily financed as those in Canada. As a result, when DIP financing is required there may be room to add a creditor without causing severe risk to other creditors' security. This economic situation is reflected in the U.S. legislation, which requires that U.S. businesses have that financial cushion and that the financing be shown to benefit the existing creditors. The comparable Canadian provisions do not require the same protection to creditors and might best be described as using a "net benefit" assessment. In a Canadian case, a judge may evaluate the benefit and risks and based upon that determine whether the financing is appropriate, without having to ensure any protection for the existing creditors.

There is the added problem that DIP financing can cause some uncertainty in the financial community. Since a creditor is unsure of whether it may be drawn into a situation involving DIP financing, creditors may be more likely to step in earlier and seize the security when a business experiences difficulty, rather than trying to support the business in troubled times. Further, it is not clear whether the added risk could cause an increase in the cost of borrowing or a restriction of credit availability.

The proponents of leaving the DIP rules as they are felt that because the tool is being used more frequently, judges are becoming more aware of the intricacies and are building case law to guide debates on these issues. The proponents' view is that much of this is now quite standardized and relatively predictable. It is also their concern that any effort to exercise further control over DIP financing will ultimately result in more limited access and in more businesses declaring bankruptcy rather than attempting reorganization.

In an effort to make DIP financing easier to use with identifiable expectations and effects, the Insolvency Institute of Canada has submitted several recommendations to Industry Canada. Most notably they recommend that DIP financing be entrenched in legislation, along with several principles to be used by the courts in determining when it should be approved.

4. UNPAID SUPPLIERS' RIGHTS

The issue

Stakeholders have raised concerns about the effectiveness of existing statutory protection provided to unpaid suppliers.

Background

Before 1992, there was no protection in the *BIA* for unpaid suppliers. In that year the *BIA* was amended to give suppliers rights to repossess goods delivered just before bankruptcy or receivership if payment had not been received. Subsection 81.1(1) of the *BIA* lays out several conditions to the application of this section, requiring the goods to be identifiable, in the same state as they were on delivery and not to have been resold at arms length.

A supplier may not repossess goods from a debtor who is in the process of reorganizing under the *BIA*. Should the debtor later become bankrupt, the supplier may then repossess those goods delivered just before the reorganization. The supplier's right to repossess takes priority over all claims except that of a bona fide buyer.

While intended to offer protection to suppliers, this protection has been criticized as ineffective and inefficient by many stakeholders. It also has gaps in protection. For

example, a provider of a service that cannot be repossessed has no protection, while one who provides tangible goods is protected. Nor does protection exist for services in a reorganization under either the *BIA* or *CCAA*.

Some protection does exist through various provincial statutes and the principle of a possessory lien in common law, though these are not broad enough to cover all suppliers or circumstances.

Considerations

Suppliers, particularly small ones or those in a market with very few purchasers, may not be in a position to demand security for the transaction. This may be a result of the bargaining power between the two parties, the cost of having to obtain security for goods that turn over quickly, and the financial costs associated with obtaining security. In any event, most suppliers of goods do not have security for payment and rely on the purchaser to make payment according to the terms of the contract.

In addition to helping suppliers secure payment or recovery, the present protection was also seen as help for troubled businesses. Because suppliers are able to recover either the goods or payment, there is less reason for them to back away from troubled businesses and stop supply. The intention was that this would help businesses through financial distress and encourage recovery. But this comes at a price in the event of failure. If the business fails and the supplier repossesses, there are fewer assets available to other creditors, so ultimately those other creditors bear the cost of the protection. In theory this could affect credit markets as other creditors seek to protect themselves against increased losses.

Furthermore, there is the question of granting a supplier protection that did not exist in the contract, in effect granting the supplier greater protection than he or she bargained for.

Consultations

This issue emerged as one of the most divisive in the various consultations.

Suppliers, who were to benefit most from the legislation, indicated they have difficulty in applying the protection in its present form. They would prefer improved protection, but certainly do not want anything less than the existing protection.

Their concern is not solely with the legislation. Courts have defined the limits on the repossession rights very narrowly. For example, if goods are boxed individually and then put in a larger carton of a dozen for shipping, the court may find that once one box has been removed from the larger carton then the goods are no longer in the same state as when they were sold, preventing the repossession of the other eleven items. For that type of reason the existing legislation is hard to apply. Suppliers would like to see

these difficulties ironed out, perhaps through legislation that gives more specific guidance to courts.

The suppliers also support an amendment to the timing provisions. The present 30-day repossession period is only of benefit if the supplier has knowledge of the bankruptcy within sufficient time to exercise his or her right. Conceivably a debtor could enter into bankruptcy on day 27 and the creditor may not be aware of it within the 30-day period, eliminating any possibility of repossession. Hence suppliers supported the idea of allowing them 15 or 30 days after bankruptcy to repossess goods delivered within 30 days before bankruptcy. The suppliers' reasoning is that this would ensure them the opportunity to exercise their right. Criticism of this proposal included the potential delay in liquidating the assets while such claims are worked out and the fact that it may affect credit availability.

Another proposal received from supplier groups was that they could be offered the first right option to purchase the goods back from the bankrupt. This has the potential to increase the recovery by all creditors, while giving the supplier in question an opportunity to recover full value by reselling the goods to another buyer. Suppliers of goods of a more exclusive nature, or with a controlled distribution network, would also retain control over their product. Again, the issue of possible delays in liquidating the assets was raised.

There was very strong opposition to these arguments from other groups, particularly lawyers and trustees, for reasons of principle and practicality. The whole premise of any enhanced right for suppliers was attacked, largely on the ground that they have options available through a contract to obtain security if that is what they seek. It was suggested that there is no fundamental reason to offer enhanced protection.

Further criticism was directed at the present scheme in particular. There were questions about the efficiency of the system. Many insolvency professionals suggested that it is infrequently used, in part because it is largely ineffective as a result of court interpretations. From an administrative perspective, they claimed it can be burdensome and awkward to determine who supplied which goods at what times.

The issue of incorporating these types of protection into reorganizations was also raised. Suppliers want to be certain of payment in these situations; it was argued, however, that this would make reorganizations more difficult.

Other protections that were discussed included the possibility of increasing the liability of directors for "stocking up." The debtor may order larger than necessary quantities of goods from a supplier to whom the debtor has given no personal guarantees; then upon bankruptcy the excess goods would (at least in part) go to satisfy the creditor to whom a personal guarantee is owed, thereby reducing the personal liability of the director.

While creditors liked the idea of additional protection, all groups acknowledged that it would also be difficult and costly to enforce and would pose problems in defining what would constitute stocking up. It was also suggested that directors already face enough personal exposure.

5. UNCITRAL MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCIES

The issue

Canada must decide whether to adopt the United Nations Working Group on Insolvency Law's Model Law on Cross-Border Insolvencies in place of the existing Part XIII of the *BIA*.

Background

The current rules on international insolvencies are contained in Part XIII of the *BIA* and section 18.6 of the *CCAA*. Part XIII of the *BIA* was adopted in 1997 in response to the increasing globalization of economic activity and the increase in insolvencies with an international dimension.

At the same time that Part XIII was being developed in Canada, the United Nations Working Group on Insolvency Law developed its Model Law on Cross-Border Insolvencies. The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) adopted the model law in May 1997, about a month after the *BIA* amendments incorporating Part XIII were enacted in Canada. Canada was an active participant in the Working Group and supported UNCITRAL's adoption of the model law.

The model law is a legislative text that UNCITRAL recommends countries adopt as part of their domestic insolvency law. To date, the model law has been adopted only by South Africa, Mexico, Eritrea, and within Yugoslavia, Montenegro. Japan has recently passed legislation that parallels the model law and a current bill in the U.S. Congress to amend the U.S. *Bankruptcy Code* would include adoption of the model law. The basic features of the model law are reflected in Canada's existing Part XIII.

Considerations

Adoption of the model law would help to further international harmonization in the treatment of international insolvencies. Given that interpretation of the rules governing international insolvencies would be more uniform, the administration of international insolvencies would be helped. The tasks of foreign representatives trying to administer insolvencies of debtors with assets in Canada would be made easier.

One issue is whether Canada should include a reciprocity provision if it adopts the model law. A reciprocity provision would stipulate that foreign representatives could only benefit from Canadian model law provisions if their country also has adopted the model law. Canada's adoption of such a provision would ensure that the benefit of the model law would be available to foreign representatives if Canadian creditors have similar rights in those foreign jurisdictions.

Adoption of the model law would give foreign representatives more rights and powers than they have now under Part XIII to take possession of a debtor's assets and distribute them. Proceedings would still be subject to Canadian insolvency rules and Canadian courts would have jurisdiction to require that Canadian creditors and other interested parties are adequately protected. The pre-eminence given in the model law to domestic proceedings that are concurrent with foreign proceedings would help to ensure that Canadian participants would not be prejudiced. Given the formalized status of "foreign main proceedings," there may be an impact on decisions in Canada in an effort to give effect to the foreign decision. Though the impact would not be contrary to Canadian law, it may be that a court will take a course of action different from what it would take in the absence of the model law.

At this time, it is difficult to measure the extent to which these provisions could result in outcomes that are different from what they would be under Part XIII. Any impact might be minimized by the use of the provisions that accommodate the domestic laws.

Consultations

There were significant differences on this issue. No consensus could be obtained on whether the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvencies should be adopted or Part XIII of the *BIA* should be retained. Although a modest majority would support adoption, there appears to be no middle ground to satisfy those with concerns.

The option of adopting the model law received some support for the effective way it provides for dealing with globalization and the attendant need for coordination. It was said that in view of Canadian participation in the development of the model law, it would be contradictory not to adopt it. Some said that Canada needs to adopt the model law for commercial reasons and that there is a fundamental interest in having international bankruptcies administrated evenly.

Most did not express any concern about the possibility that adopting the model law could reduce the number of cases heard in Canada. Laidlaw was cited as a case where Canadian creditors of that Canadian company were forced to go to U.S. courts, a result that would not likely happen under the model law. However, others were concerned that the United States would dominate any proceedings. It was said that the

model law protects local creditors, adopts local rules and enables creditors to start local proceedings. The majority said that if the United States adopts it, Canada will face pressure to adopt it.

A number of stakeholders thought that Canada should adopt the model law, but with a reciprocity clause offering the benefits only to creditors from other countries that had adopted the model law. Others expressed the opinion that Canada should not adopt the model law as is, but should adopt it with some modifications (as the model law allows us to do). Others were concerned about adding only some model law features to Part XIII, instead of adopting the entire model law.

GROUP 2

6. CONTRACTUAL RIGHTS

The issue

Another consideration is the extent to which insolvency law should intervene in private contracts for the purpose of ensuring fair distribution or maximization of value in an insolvency. For example, should a creditor who holds security in exchange for a mortgage be restrained from taking that security if the delay might benefit other creditors?

Background

Contracts are fundamental to business, with the terms negotiated in good faith and reflecting the risks. There are concerns about the extent to which they should be interfered with and in what circumstances. This is particularly a concern in the field of intellectual property, where innovation has outpaced the modernization of the *BIA* and *CCAA*. Specific concerns include whether:

- secured creditors should be temporarily stayed from enforcing their rights in bankruptcy;
- the *BIA* requires rules governing leases; and
- the existing intellectual property rights reflect the competing interests of various parties.

The 1949 *Bankruptcy Act* imposed few restraints on completed contracts, other than preventing action by an unsecured creditor and granting the court jurisdiction to limit action by a secured creditor. It also explicitly recognized provincial legislation related to property leases. After a reorganization began, the 1992 amendments prevented secured creditors from exercising their security, as well as preventing a termination of a lease, licensing agreement or public utilities due to default. Despite these limits on creditors, debtors were empowered to disclaim leases on real property.

Considerations

The paramount consideration in dealing with contractual rights is efficiency. Interventions in contractual rights upset contractors' expectations, reduce predictability and certainty in contracting and increase risks. Any intrusion should be assessed in terms of the overall benefit achieved when compared with the harm that may be caused by the intervention.

There are occasions where the continuation of a contract can be advantageous in a broad sense. One example would be to allow some time for a trustee to use leased premises while the assets are evaluated and liquidated, rather than forcing an immediate sale under forced conditions or the movement of goods on the premises. Although an immediate termination of the lease may be preferable for the landlord, a fire sale under those circumstances, or the additional cost of moving the assets, could reduce the amount recovered. In turn, this would negatively affect most creditors.

Similarly where software is used under licence, it is often integral to a business and may even be custom designed. If the licensor goes bankrupt and the licence terminates, the company using the software may be put at risk or face considerable costs. The reverse is equally true: if the licensee is facing bankruptcy and a buyer for the business can be found, the sale may be dependent on the continuation of the licence agreement for the software. But what if the licence is non-transferable, or the licensor does not approve the new user? Then the whole deal may collapse, to the detriment of other creditors.

Any legislative intervention would effectively be retroactive insofar as it affects the terms of a contract previously negotiated. In the absence of a bankruptcy, a creditor would have one set of rules, whereas under a bankruptcy the creditor could be faced with different rules.

Consultations

This issue was debated, but a substantial common ground existed. The stakeholders who support intervention through legislation simply felt that valuable contracts should be able to survive and that creditors should not be able to reap a windfall by enforcing contractual rights in bankruptcy. However, both the creditor and debtor may not always agree on which contracts should survive.

While this might be used as a broad principle for any amendments, stakeholders felt that the present legislation was not in need of serious revision. They felt that concerns in specific areas should be dealt with through specific reforms. For example, if leases or licence agreements were a problem, the system should be amended to address the specific problem. There was some support for a system that would address all executory contracts, although this was not as strongly supported. Broad codification of very

specific detailed rules, similar to the U.S. system, was not supported. As a result, discussions focussed on specific issues rather than global solutions.

The specific ideas that received support include:

- providing a change from the existing "material prejudice" test for harm to secured creditors in reorganizations;
- providing some time frame for a trustee to determine how to deal with leased premises in the event of bankruptcy;
- reviewing the present rules regarding property leases in reorganizations as potentially too favourable to tenants;
- addressing the needs of intellectual property, particularly in licensor–licensee relationships; and
- seeking an efficient means of dealing with shareholders' rights and the corporate shell.

The Insolvency Institute of Canada has proposed that under both the *BIA* and *CCAA* the debtors' trustee should be able to terminate contracts, subject to a few specific exceptions and limitations. Their proposal does not simply allow the debtor to walk away from the contract without risk. The proposal would grant the creditor a claim for damages against the estate, although the recovery under that claim may be modest. The proposal also includes provisions for specific issues such as licensing of intellectual property.

7. INTEGRATION OF THE *BIA* AND *CCAA*

The issue

Stakeholders have voiced different opinions about whether the *CCAA* should remain as a separate statute or be merged with the *BIA* and, if so, to what extent.

Background

Canada has two statutes that provide a basis for a corporation to reorganize, the *CCAA* and the *BIA*. The *BIA* is accessible to all businesses, while the *CCAA* is limited to corporations with over $5 million in debt. The decision about which statute a corporation will reorganize under is usually made by the debtor.

The existence of the two acts is a result of historical circumstances. In 1923, *BIA* reorganizations were limited to debtors who were actually bankrupt, not just insolvent. During the Great Depression, the *CCAA* was introduced as a tool for businesses that were insolvent but may not be technically bankrupt. Since that time, amendments have made *BIA* reorganizations more accessible, while modestly restricting access to the

CCAA. *BIA* reorganizations are available to any corporation and are more structured, leading to a greater certainty of the outcome. *CCAA* reorganizations are less structured, are only available to corporations with debts in excess of $5 million and have more flexible terms.

The *CCAA* was rarely used until the mid-1980s, at which time various creative applications increased the Act's popularity. The *CCAA* has been the subject of consideration by various Parliamentary committees and as recently as 1992 it was recommended that it be abolished.

It is difficult to assess the value of the *CCAA*, because there is no provision that requires any reporting of its use. A *CCAA* proceeding is a court proceeding without any supervision by an agency, such as the OSB. Not only are the effects or success of the proceedings unknown, it is not even certain how frequently it is used. We do know that it has been used in some of Canada's largest corporate reorganizations, such as Eaton's, Laidlaw and Algoma Steel.

In a *CCAA* reorganization the courts appoint a monitor, who is not necessarily a trustee. The monitor is required to file reports with the court on the state of the debtor's finances. This is a somewhat similar process to that followed in a *BIA* reorganization. Under the *BIA*, however, it would be a trustee acting in place of a monitor, and reports would be filed with the OSB. Another distinction is that in a *CCAA* reorganization most decisions are made or approved by the courts, whereas in a *BIA* reorganization the court is involved only in major decisions and in approving a proposal that has already been approved by creditors (though not necessarily every creditor).

Considerations

The debate on this issue is constrained by the lack of actual data on the use and application of the *CCAA*. Stakeholders have suggested that the *CCAA* is used in upwards of 50 cases a year, with a typical case involving in excess of $100 million in assets.

The other significant issue is what is meant by integration. Discussions have ranged from taking the *CCAA* provisions virtually intact and adding them as a new and distinct part to the *BIA*, to providing only one regime, perhaps with separate provisions for both large and small businesses.

Creditors have a perception that under the *CCAA* they are disadvantaged. Because of the court-driven process and greater flexibility there is a lack of certainty regarding what may occur in a given reorganization and a feeling that creditors have limited input. There are also administrative issues. There is no means of tracking the effectiveness of the *CCAA* and Canada is the only major developed country with this sort of divided system. Obtaining the background information and achieving a degree of

consistency between the two Acts would be easier if the provisions were within the same statute.

Consultations

Greater coordination between the two Acts and establishing some means of keeping track of *CCAA* proceedings were widely supported, although stakeholders cited four primary reasons for not altering the *CCAA* substantially:

- the flexibility of the *CCAA* is a great benefit, allowing for creative and effective decisions;
- bringing the *CCAA* within the *BIA* may make *CCAA* proceedings subject to the levy paid to the OSB;
- the existing *CCAA* is superior to comparable foreign legislation, with similar U.S. proceedings taking two to three times as long at considerably greater cost; and
- there may be a stigma associated with having these reorganizations within a bankruptcy statute.

Generally, stakeholders from the legal community felt that the *CCAA* should stand alone, with some modest technical changes. These changes would include requirements that a monitor be a licensed trustee, to report basic details about a *CCAA* proceeding to the OSB, and to ensure a degree of access to information by interested parties. The technical changes received very broad support regardless of whether the *CCAA* was or was not incorporated in the *BIA*.

While the technical amendments had wide support, the broader issue of integration was the subject of considerable debate. The incorporation of the *CCAA* into the *BIA* without amendment was viewed by many participants as a simpler system and more understandable to those outside our system. They felt that it made no sense having one reorganization scheme within the *BIA* and another outside of it.

There was criticism of the suggestion that association with the *BIA* would create a stigma, given that this structure is typical in most other regimes without any apparent stigma. The criticism is reinforced by the fact that the *BIA* reorganization provisions are used without any apparent trauma. Some also suggested that the lack of rules or certainty can be difficult to explain to parties from foreign jurisdictions.

Use of the U.S. regime was not supported because it is slower and more costly. There was also a concern that the U.S. and Canadian systems are sufficiently distinct that simple adoption of the other system would not be feasible without greater adaptation.

The more dramatic idea of a completely integrated system — involving not just incorporating the *CCAA* in the *BIA* with some new controls, but of substantially modifying

CCAA provisions — was not well received. The benefits offered by the *CCAA* provisions were considered by many to be sufficiently valuable that it would not be beneficial to blend them too much with the *BIA* provisions. Similarly, there was limited support for a repeal of the *CCAA*, given the benefits it was said to contain.

8. DIRECTORS' LIABILITY

The issue

The issue is whether the existing rules on directors' liability strike the appropriate balance between attracting capable directors and creating a sufficient onus to make sure that they act diligently in carrying out their duties.

Background

Directors are exposed to personal liability under a wide range of federal and provincial statutes for a variety of corporate debts. Among the most important are debts for unpaid wages, taxes and environmental damages. In most cases, directors are given due diligence or good faith reliance defences. Yet for some debts — including debts for unpaid wages in the federal labour sector and in some provinces for environmental damages claims — directors are subject to absolute liability: there is no defence.

The exposure of directors to personal liability became a concern in the early 1990s with the mass resignations in the Westar Mining, Canadian Airlines and Peoples' Jewellers cases. A federal government working group established in 1992 to study the matter concluded that although directors' liabilities had increased in the previous 20 years, the marketplace could deal with the problem, and that the risks for directors were manageable. The working group was also of the view that personal liability provisions provide important incentives to directors to perform their duties.

Despite the findings of the working group, the directors' liability issue continued to raise concerns. On two occasions the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended measures to limit the scope of directors' liabilities in insolvencies. In its 1996 report on corporate governance, it recommended bringing provisions covering directors' liability for wages into the *BIA*, along with a due diligence defence. This would overrule the absolute liability provisions now in force in some provinces and in the federal labour sector for a company that enters *BIA* proceedings. In its report on the 1997 *BIA* amendments, the Senate Committee again recommended legislating a generally applicable due diligence defence against personal liability for directors in the *BIA*.

Considerations

Reducing directors' exposure to personal liability might encourage competent people to accept directorships and to stay on as directors when their companies face insolvency. This could help to overcome some directors' concerns about the current situation, primarily the uncertainty that the due diligence defence will provide effective protection or that directors' trust funds will be upheld and the cost of insurance. On the other hand, maintaining the current level of exposure might better ensure that wage earners and others who are protected by directors' liability provisions do not see their returns in insolvencies reduced; it would maintain the incentive for directors to make sure that these payments are made.

One option is to place directors' liability for wages directly in the *BIA*, with a due diligence defence. This would increase the protection for directors within absolute liability jurisdictions, but it would reduce protection for wage earners in those jurisdictions.

Placing a broader due diligence defence in the *BIA* that goes beyond wage issues would increase protection for directors in absolute liability jurisdictions. However, it would also reduce protection for the vulnerable or unwilling creditors who benefit from the more stringent protection, particularly in reorganizations.

Another option for increasing protection for directors, particularly during reorganization, would be to exonerate directors from liability for claims arising in the short period before or after insolvency proceedings started. The Insolvency Institute of Canada has put forward one version of this option. Its model would protect outside directors from liability for debts arising within the week before the start of *BIA* or *CCAA* reorganization proceedings. The court would be authorized to establish liens to protect directors against liabilities arising after the proceedings started. Directors also would be protected against claims for severance and termination pay.

An exoneration model of the type proposed by the Insolvency Institute of Canada would provide strong protection to directors, assuring them that they would not be exposed to periodically accruing claims (such as taxes and wages) that come due just before the start of a reorganization. This might overcome the concern directors have over exposure to liability for potentially large amounts — amounts that can lead many of them to resign at the critical time when reorganization is being attempted. The exoneration model would substantially alleviate these concerns and may prevent resignations at a time when the reorganizing company is most in need of their knowledge and experience. On the other hand, these strong provisions could significantly reduce the returns to wage earners and tax collectors in insolvencies.

Consultations

No consensus emerged from the consultations on whether directors' liabilities should be reduced or maintained. Any proposed changes tended to be modest. While the current rules received some criticism, there was no great support for any specific alternative. Several distinct points were raised:

- The current rules were said to leave directors feeling exposed. Even where due diligence defences were available, these defences were said to be too uncertain.
- The differing interests of inside and outside directors were noted. Inside directors have a strong personal stake in the corporation and may be judgement proof anyway, so they are less likely to resign. Outside directors may have a relatively small personal stake in their corporation and are much more sensitive to the impact of directors' liability on their personal wealth and hence much quicker to resign.
- Directors were said to be very concerned about their exposure in reorganizations and were ready to resign on short notice. The practice of the courts in *CCAA* cases to establish charges against the company's assets to protect directors was pointed out. Concern was expressed about making these charges automatic because it could lead to entrenchment of directors that creditors would rather see removed.
- It was suggested that directors should be given the same protection under both the *CCAA* and *BIA*.

Putting provisions about directors' liability for wages in the *BIA* received little support. There was no good reason seen to distinguish wage claims from other claims in that way. It was advised that putting a generally applicable due diligence defence in the *BIA* may not be effective given the uncertainty about the due diligence concept and the protection it provides. Some questioned whether the federal government would have the jurisdiction to enact such provisions.

Some supported the exoneration model for the strong protection it would provide. Others were concerned that it would take too much protection away from the vulnerable or unwilling creditors covered by directors' liability, especially wage earners.

Another model suggested during the consultations would involve focussing efforts on identifying and attacking wrongdoing by directors, but otherwise holding directors blameless in insolvencies. Some stakeholders, however, were concerned about the ability to define and apply the concept of "wrongdoing" and feared the uncertainty would have an adverse effect on the willingness of people to serve as directors.

9. SANCTIONS FOR DIRECTOR AND OFFICER CONDUCT DETRIMENTAL TO CREDITORS

The issue

Concern has been raised that the existing sanctions for inappropriate conduct are not sufficiently balanced to ensure diligent performance while encouraging competent people to act as directors.

Background

Recent court rulings have increased the responsibility on directors to look to creditors' interests when their companies become insolvent. In Canada, directors may now be held personally liable for failure to do so, as is the case in the United States. The level of sanctions in the two countries is now roughly similar.

In previous bankruptcy law reforms (which took place before the recent case law increasing sanctions emerged), increasing sanctions was an important issue, although no measures were enacted. The 1970 Tassé Committee report recommended measures to disqualify directors of bankrupt companies from serving as directors and, in some circumstances, to impose personal liability on directors for deficiencies in company assets. Provisions holding directors liable for creditors' losses were included in bankruptcy bills introduced but not enacted in the late 1970s and early 1980s. In 1986, the Colter Committee recommended that provisions be added to the *BIA* for director disqualification and personal liability for "wrongful conduct."

A different approach to regulating the conduct of directors of insolvent companies was considered in the 1990s: prohibiting "asset rollovers," which are the sale of the assets of a bankrupt company to its principals, primarily its directors. It is typically a phenomenon in small company bankruptcies. Although this has aroused concern among some creditor groups, no such prohibition was adopted.

Considerations

Recent case law developments have made Canadian law more effective in dissuading directors and officers from taking excessive risks in their efforts to revive the fortunes of an insolvent company. These risks are borne by creditors because the shareholders' (often including directors') investment in the company has already been greatly devalued. The law may now treat creditors more fairly and produce more efficient decision making by directors and officers of insolvent companies.

Director disqualification provisions might be effective in weeding out incompetent directors and curbing abuse. But they might be costly to enforce effectively. Depending on how stringent these provisions are, they might also discourage good people from

acting as directors because they have to be more cautious of those directorships that they accept.

A prohibition of asset rollovers would address the concerns of creditors who are upset to see the principals of a bankrupt company open up a new business using assets purchased from the bankrupt company at a modest cost — while the creditors remain unpaid. To that extent, such a prohibition might promote bankruptcy system integrity. Yet it might also prevent the trustee from getting the highest price for the bankrupt company's assets, lowering creditors' returns and preventing the best reallocation of the assets.

Consultations

During consultations there was some criticism of the current rules, but concern was expressed about imposing severe sanctions that would discourage competent people from taking on directorships. One recurring concern was the lack of effective enforcement. Several stakeholders said that the current sanctions would be adequate if more resources are applied to enforcing them. Overall, there was no substantial support for major change to this area, because any of the proposed ideas would likely be difficult to implement and ineffective.

There was no consensus either for or against disqualification provisions. Some argued that they would help to curb wrongdoing by directors, but only if sufficient resources were applied to enforce them adequately. Others were concerned that disqualification provisions would discourage people from acting as directors and inhibit decision making by directors.

The majority view on rollovers was that they should not be prohibited — that they typically generate the best returns for creditors and produce the most efficient allocation of assets. Some stated that creditors could protect themselves and do not need such paternalistic protection.

Other suggestions made during the consultations were to give the courts the power to replace directors where appropriate and to establish a national directory of directors. The administrative costs of a national directory were not discussed.

10. TRANSFERS AT UNDERVALUE AND PREFERENCES

The issue

The existing provisions for transfers at undervalue and preferences in the *BIA* may need to be modernized and made more comprehensive.

Background

Transfers at undervalue and preferences occur when a party sells assets for less than they are worth (transfer at undervalue) or makes a payment to one creditor while ignoring another (preference), either when the debtor is insolvent or as a result of the transaction becomes insolvent. These transactions are included in the legislation because they may in some cases be fraudulent, but in any event come at the expense of other creditors.

This aspect of Canada's insolvency law has remained almost untouched since 1919. The growing difficulty with enforcing these provisions has now made them a more obvious concern. The criticism from stakeholders suggests that the provisions, in their present form, are unusable in today's economy.

Based on the comments of stakeholders and examples from some of our trading partners, there are relatively simple changes to the legislation that could improve its effectiveness and better define what transactions would or wouldn't be captured by the new legislation.

A further issue is that the legislation is not sufficiently comprehensive. At the provincial level there are acts governing commercial transactions that have also been used to address transactions of a questionable nature. This fragmentation, with various acts at various levels dealing with similar issues, is both confusing and inefficient. At issue is the question of whether the provisions of the provincial legislation should be included in the federal insolvency legislation to provide a single comprehensive piece of legislation for bankruptcy situations.

Considerations

In some cases, people or corporations facing bankruptcy or insolvency may want to minimize the loss to themselves or to others associated with them. Rather than lose everything, they may transfer assets to family or associates for a token amount. Since the debtors were going to lose the assets anyway, they suffer no loss, while the purchaser gains a valued asset for a small sum. The effect is a reduced value of the bankrupt's estate and ultimately less money for creditors. A similar result is achieved when a debtor selectively chooses to pay one creditor ahead of others, leaving them unpaid.

To resolve these sorts of transactions, existing legislation focusses on the concepts of fraud and intent, which are difficult to prove and may require costly and lengthy litigation. It is an inefficient means of dealing with the problem, but one for which there is a solution. Legislation could focus not on the intent behind the transaction, but rather on the result. If the effect is to deplete the estate, regardless of intention, the transaction could be overturned. The risk in such a change is that those creditors who are

simply more diligent in collecting accounts, or a truly unaware third party who receives a good deal from the debtor, could no longer rely on the terms of the deal.

There appear to be two key considerations. The first is making sure that any revision is in fact a workable and effective tool for handling these transactions. The second is trying to resolve concerns that some legitimate transactions might be captured by the new language.

Consultations

The majority view of stakeholders is that the present legislation is not concrete, making it inefficient because of the difficulty, time and expense of applying it. As a result, it is rarely used. Provincial legislation is actually used more frequently.

Support was received for the principles used in some foreign statutes, which do not necessarily rely on the principles of fraud or intent. These include changing the emphasis from intention behind the transaction to the result of the transaction and broadening the scope of who might be party to an undervalue transaction. The latter might be addressed with the use of a more general term like "associate." This could encompass family, friends, business partners or other close associates.

In addition to this change to the existing legislation, there was support for strengthening it by including provisions similar to the provincial legislation on frauds. The view was that one Act with all the relevant elements would be more convenient and easier to work with. That may require some language rendering the provincial statutes inoperative in an insolvency, if that is possible.

Concerns were voiced by creditors' groups and others that these changes may affect creditors who diligently collect on a debt and third parties who happen to negotiate a good deal just before a bankruptcy or reorganization. Discussions regarding the U.S. system indicated that there are provisions in the U.S. legislation to offer some protection for legitimate transactions. Protection for third parties could be as simple as ensuring that their money is refunded or giving them the chance to complete the purchase at a fair value.

GROUP 3

11. SECURITIES FIRM BANKRUPTCIES

The issue

Part XII of the *BIA* may need to be amended to resolve some technical problems that arose during recent bankruptcies of securities firms.

Background

Part XII was added to the *BIA* in 1997 to provide a much needed regime governing securities firm bankruptcies. Its main effect is to override the trust relationship that exists between a securities firm and its customers. Despite the fact that a securities firm holds securities and cash in trust for its customers who have ownership rights in that property, Part XII provides that almost all securities and cash held by a bankrupt firm are to be pooled and distributed pro rata among customers. Only "customer name securities" are to be given to the customers who own them.

Vantage Securities, a Vancouver firm dealing mainly in mutual funds, was put into bankruptcy in early 1998. The main issue concerned mutual funds held in RRSP (Registered Retirement Savings Plan) accounts. The securities in these accounts were pooled, despite customers' wishes that their securities be treated as "customer name securities" and turned over to them forthwith. While it was generally agreed in the end that these securities did not qualify as "customer name securities" and that the pooling was appropriate, it was not clear how Part XII should apply to the securities in these accounts. This led to delays in administering the bankruptcy, which was eventually completed as a proposal under Part III of the *BIA*.

Marchment Securities was a Toronto firm put into bankruptcy in 1999. Marchment held a large quantity of very low-valued securities which, according to Part XII, were transferred in the form of securities rather than as cash. The cost of such a transfer raised a question as to whether Part XII should be changed to permit the trustee to liquidate the securities and distribute cash instead.

Considerations

The issues raised in the Vantage and Marchment bankruptcies are technical and could be resolved by specific changes.

The uncertainty about Part XII's application to the mutual fund transactions involved in Vantage was largely due to its use of a number of paper-based concepts. These concepts included several references to securities "held by" a securities firm, the important definition of "customer name securities," and references to "registered," "endorsement" and "negotiable form." Part XII's application to electronic transactions, as most mutual fund transactions are, could be clarified by substituting language more clearly applicable to electronic transactions.

Two other changes that could be made to Part XII deal with problems emerging from the Vantage case. One is clarifying the definition of "net equity" to make sure that customers benefit by any increase in the value of securities occurring between the date of bankruptcy and the distribution date. The other is clarifying the status of cash in the various accounts of the bankrupt securities firm.

The issue respecting the distribution of low-valued securities raised in the Marchment case could be resolved by authorizing the trustee to sell such securities and distribute the cash, or to charge distribution costs to customers who wish to receive securities in kind.

There is a further possible amendment to Part XII. Trustees who sell securities to raise cash could be required to sell amounts of the different securities in proportion to the amounts on hand. This would assure the fair and equal treatment of customers.

Another possible change would be to make the date of the initial bankruptcy event, which is when a firm's ability to trade usually effectively ends, the date for valuing securities.

Consultations

Stakeholders agreed that specific technical changes to the existing Part XII regime are all that is required to resolve current problems.

12. THE *WINDING-UP AND RESTRUCTURING ACT*

The issue

The issue is whether the use of the *Winding-up and Restructuring Act* in an insolvency should be restricted to financial institutions.

Background

The *Winding-up and Restructuring Act* is the joint responsibility of the Department of Finance and the Department of Industry. It is the only statute under which the major financial institutions — including banks, trust companies and insurance companies — can be liquidated if they are insolvent. It is also available for the liquidation of a wide range of corporations other than financial institutions, including not-for-profit corporations, both solvent and insolvent. These other types of corporations can, if insolvent, also be liquidated under the *BIA*.

Considerations

Given the availability of the *BIA*, there is no apparent reason to allow insolvent non-financial entities to use the *Winding-up and Restructuring Act*. Limiting the use of that Act's insolvency provisions to financial institutions would assist in maintaining the integrity of the system by promoting consistent treatment of firms of similar purpose.

Consultations

There was no opposition from stakeholders to the idea of limiting the use of the *Winding-up and Restructuring Act* insolvency provisions to insolvent financial institutions.

13. FINANCIAL MARKET ISSUES

The issue

Stays of legal proceedings that apply in a reorganization have been held to apply to financial regulators such as securities commissions or stock exchanges. They are concerned about the impact this has had on their ability to carry out their regulatory duties.

Background

Industry Canada has been approached by various provincial securities regulators regarding a recent development related to their regulatory role.

Recent case law has held that the automatic stay of proceedings that occurs if a company files an intention to reorganize under the *CCAA* applies to these provincial market regulators. This stay prevents the regulator from being able to take action against a company that may be conducting itself inappropriately. There is no information suggesting that the stay was or was not intended to apply to these regulators.

Considerations

Securities commissions and stock exchanges have an important role in ensuring the integrity of Canada's financial markets. There is a concern that their ability to maintain this integrity may be compromised if they are unable to carry out their duty as a result of the stay. This situation can occur at a time when their role may be most critical: dealing with a company that is already in financial distress and may be in need of some control or supervision.

Consultations

Generally, stakeholders appeared surprised that the stay would apply to the regulators. They consistently agreed with the idea of exempting the regulatory agencies from the stay provisions. It was suggested by one stakeholder that a blanket exemption may not be needed. Rather, an exemption from the stay would be sufficient to allow these agencies to carry out their mandate.

14. TRUSTEE LIABILITY FOR SUCCESSOR EMPLOYER OBLIGATIONS AND PENSION CLAIMS

The issue

The standard of liability for a trustee that takes on the role of a successor employer needs to be re-examined.

Background

Trustees, receivers and other insolvency administrators, as successor employers, may be held personally liable for a variety of obligations of a bankrupt or insolvent debtor, such as wage and pension claims and claims for environmental damages. Some of these potential liabilities may even be unknown when an administrator first takes on the job. Although subsections 14.06 (1.1), 14.06 (1.2) and 14.06 (1.3) of the *BIA* offer some protection, they do not protect all administrators from all claims.

Amendments to the *BIA* in 1992 and 1997 appear to have provided adequate protection for environmental claims, but concerns remain regarding successor employer liabilities.

Considerations

The risks related to being an insolvency administrator must be sufficiently controlled and identifiable or people would not be prepared to do the work. Although this has not yet been a problem, it would seem fair to make sure that the risks are well balanced.

One concern is that when administrators take on their duties they may not yet be fully aware of the risks they are facing. In particular, they may find themselves subject to liability as successor employers, regardless of the fact that the events giving rise to the liability may have occurred before their appointments.

The types of liabilities that may occur include liability for vacation, severance and termination pay, as well as for unfunded pension liabilities. These amounts can be very large and may even grow while under the supervision of the administrator. Different statutory liabilities for wages and pension exist among federal, provincial and territorial legislation.

Limits on exposure to liability would encourage administrators to accept appointments and carry out essential liquidations. Should the problem not be a result of the administrator's actions, then fairness dictates that they not be held responsible. There may be efficiency benefits as well: the greater protection would encourage administrators to make greater efforts to continue the business and pension plans. These limits, however, would leave the employees and pensioners with one less option for recourse. Any shifting of risk away from the trustee would of course place the risk back on the employee or on any agency that provides compensation.

Consultations

Stakeholders were strongly in favour of increased protection for insolvency administrators. While some limits on the protection were thought to be appropriate to make sure that administrators would carry out their duties diligently, broader protection was supported. Some stakeholders went so far as to propose that successor employer obligations should not survive bankruptcy at all.

V. CONSUMER INSOLVENCY ISSUES

Industry Canada has been reviewing consumer insolvency issues during the last year. It released a discussion paper in April 2002 on all but one of the issues identified in this section, and held consultations in May and June of 2002. The views emerging from those consultations are reported here.

Consumer insolvency issues have also been reviewed over the past two years by the Personal Insolvency Task Force. The Task Force was established by the Superintendent of Bankruptcy in October 2000 and includes 23 consumer insolvency stakeholders such as creditors, trustees, debt counsellors, lawyers and judges. It was asked to review the consumer bankruptcy provisions of the *BIA*, explore alternative models of the consumer insolvency process and develop recommendations for improvements to the process. Its report is expected to be released in the fall of 2002. The Task Force examined several — but not all — of the issues outlined in this report, as well as other issues mainly of an administrative nature that are not discussed here.

Some issues discussed in this report have existed for some time, but have not been resolved in previous reforms. Others have largely emerged since the recent reforms, namely the growth in consumer bankruptcies and streamlining the administration of such bankruptcies.

The high and growing number of consumer insolvencies came to prominence after 1997. The OSB identified the pressure that the high number of insolvencies was exerting on its administrative resources. Furthermore, consumer insolvency stakeholders raised concerns about the possible links between the high insolvency numbers and the general financial situation of consumers.

The streamlining issue relates to high and growing consumer insolvencies and the pressure this is putting on OSB resources. Streamlining consumer insolvency administration has been identified by the Department as one possible means of relieving the pressure.

The issues can be broadly classified into three groups, where:

- there are contentious differences among stakeholder groups about what policy should be followed. These include federal exemptions and whether RRSPs should be exempt.
- there are significant differences among stakeholders, but the differences do not appear to be insurmountable and can likely be resolved to general satisfaction through technical amendments. These include reaffirmation agreements; the streamlining of summary administration bankruptcies; the exemption of RESPs; the enforcement of security on a bankrupt's household property; and mandatory counselling.
- there is general support for a particular course of action. This group includes consumer liens, growth in consumer bankruptcies, student loans, and wage assignments.

GROUP 1

1. FEDERAL EXEMPTIONS

The issue

It has been suggested a number of times that the *BIA* should incorporate a list of assets exempt from seizure in bankruptcy.

Background

Responsibility for setting exemptions in bankruptcy was relegated to the provinces in the Canadian *Bankruptcy Code* of 1919. The issue was little discussed until 1970, when a committee established by the government to review the *Bankruptcy Act* recognized the benefits of a federal exemptions list and concluded that there was no constitutional reason why such a list could not be included in federal insolvency legislation. The committee recognized that the economies of the various regions may dictate different considerations for deciding what property should be exempt from seizure. The issue was considered again in 1994 by the Bankruptcy and Insolvency Advisory Committee, appointed by Industry Canada. No changes ensued from either of these initiatives.

Considerations

Exemptions play an essential role in helping bankrupts reintegrate themselves financially into their communities. They enable a bankrupt individual to retain basic necessities of life such as clothing, household furnishings, appliances, medical aids, a basic

homestead exemption (in some cases), and property an individual needs to pursue his or her livelihood, such as tools of the trade and other equipment.

Critics argue that the current *BIA* provisions, which accommodate exemptions established at the provincial level, do not provide for the equitable treatment of bankrupts across the country. The exemptions vary widely among the provinces and territories, both the amounts and the types of property that are exempted. The result has been a significantly different treatment of debtors' estates, depending on the residence of the debtor and the location of the property at the time of bankruptcy.

An alternative approach, proposed by the Task Force, recommends an optional list of federal exemptions that would be periodically adjusted for inflation. Bankrupts would be free to choose between the federal and applicable provincial exemptions upon filing for bankruptcy. The Task Force proposes a federal list of the following exemptions:

• apparel and household furnishings:	$7500
• medically prescribed aids and appliances and medication for use or consumption by the debtor or the debtor's family:	no limits
• one motor vehicle whether used for personal, trade or business purposes:	$3000
• tools of the trade and professional books, but not including motor vehicles used in the trade or business:	$10 000
• debtor's residence (in the case of a joint filing, each debtor will be entitled to the full exemption):	$5000
• real and personal property used by a debtor whose livelihood is derived from farming, fishing, forestry and other activities related to the natural resource sector:	not less than $10 000 and not more than $20 000 (governed by provincial or territorial law)

The Task Force proposal offers a reasonable alternative to the current provincial exemptions, both in the exemption amounts and the scope of the property covered. By compensating for the effects of inflation through regular increases to exemption limits, the eroding effects of inflation would be negated. The Task Force attempts to account for the differing regional economies throughout the country, particularly the Prairies and the East Coast, which rely heavily on farming and fishing.

Consultations

This was perhaps the most divisive issue discussed during the consumer consultations.

Some stakeholders supported a federal exemption list and felt that the uneven provincial exemptions currently in place are unfair. Others viewed such a list as an intrusion into an area that is already adequately dealt with by the provinces and that reflects the needs of each region.

Part of the difficulty in reaching a consensus was that among those who did support a federal exemption list, views on how to do so varied considerably. The U.K. and Australian regimes did not receive much support because of the uncertainty they create through the involvement of courts and lack of a capped amount. The Task Force model was more enthusiastically received, as it sought fairness while still allowing provinces to provide for regional disparities as appropriate. However, there was substantial concern expressed over the idea of having the option to use either the federal or the provincial list. Many felt that to have both lists available would still fail to ensure fairness while further complicating the system.

Ultimately, among those who supported a federal exemption list there were three main groups: those who like the Task Force proposal in the form it was proposed; those who support a federal exemption list as a minimum standard that would apply when provincial standards were lower; and those who support a federal system in place of the existing provincial systems.

Many sources criticized the concept of having any federal exemption list, including some national lenders, who, despite the convenience of dealing with a single federal system, pointed out that the current system is working, it is built into their lending practices, and they have outstanding loans on the basis of the existing rules. Trustees were divided as to how much extra work would be involved, but they did acknowledge that an option of a federal or provincial list would increase the workload. Ultimately, much of the concern centres on whether a problem actually exists. Other than the fundamental issue of providing some degree of fairness, stakeholders question whether the federal government should be intervening if some provinces have chosen not to modernize their exemptions as frequently as others. If it is simply fairness at stake, the use of two lists will not achieve it.

The only consensus that was reached was that any list, whether federal or provincial, should have set limits, unlike the U.K. model. The suggestion that there should only be one list, whether it be federal or provincial, also received some degree of support.

2. EXEMPTION OF RRSPS

The issue

It has been suggested that Registered Retirement Savings Plans (RRSPs) should be exempt from seizure in bankruptcy, as is the case for Registered Pension Plans.

Background

In 1986, the government appointed the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency, which recommended an exemption from seizure in the event of bankruptcy for up to $50 000 in RRSPs. In 1994, another committee, the Bankruptcy and Insolvency Advisory Committee, also recommended that RRSPs be exempt from seizure. Neither of these recommendations was adopted.

The Uniform Law Conference of Canada considered the issue of exempting RRSP savings against debt enforcement and in 1999 proposed uniformity of provincial legislation exempting RRSPs. To date, none of the provinces has adopted the provisions of the uniform act.

Considerations

Currently, RRSPs held by banks, by brokerages or in self-directed RRSP accounts are not exempt from seizure in the event of bankruptcy. By contrast, funds invested in Registered Pension Plans are exempt by virtue of provincial and federal pension benefits legislation and RRSPs held by insurance companies are exempt under insurance legislation.

It has been argued that an individual's retirement savings should have the same protection against seizure, whether they are in a pension plan, insurance company RRSP, or other type of RRSP. If the public policy basis for encouraging Canadians to contribute a portion of their earnings for retirement through RRSPs is to ensure that senior citizens have a reasonable standard of living in retirement, then granting conventional RRSP vehicles the same protection obtained with insurance type RRSPs and Registered Pension Plans would seem to make sense.

A number of arguments have been made against exempting RRSPs. First, doing so would reduce returns in bankruptcy situations to creditors, including the Crown. Second, RRSPs can be used for non-retirement purposes and most RRSPs can be redeemed at any time. This creates a concern about how they should be treated relative to a defined benefit plan so there is no abuse. Third, RRSP holders already have an option to protect their investments in bankruptcy. They can use an insurance scheme based on locked-in plans, which are protected in bankruptcy.

The Task Force has recommended an RRSP exemption aimed at balancing debtors' and creditors' interests and discouraging strategic investment behaviour. Its essential elements are as follows:

- to be exempt in bankruptcy, an RRSP would have to be locked in at bankruptcy and made accessible only upon reaching retirement age;
- RRSP contributions made by the debtor in the three years before bankruptcy would not be exempt;
- the income from an RRSP drawn following a person's retirement would be treated as income and subject to the surplus income standards in the *BIA*; and
- the exemption would be capped by a formula equal to the maximum RRSP contribution limit in the year of bankruptcy times the number of years that the bankrupt's age exceeds 21.

The Task Force's model has some important advantages. It would ensure that the savings are used for retirement purposes and not for the purposes of a strategic bankruptcy. The incremental formula for determining a debtor's maximum exemption amount would allow older individuals to keep more of their savings as they near retirement. Likely the maximum exemption would be less than the present value of the entitlement under a Registered Pension Plan.

Consultations

During the consultation sessions across the country, a modest consensus emerged in favour of exempting RRSPs from loss in a bankruptcy, with a similar level of support for some controls on the exemption. This issue alone also attracted significant written comments from stakeholders, who were largely in support of an exemption.

There were two opposing views on this issue. The first equated an RRSP to a Registered Pension Plan (RPP) and, given the importance of retirement savings, accepted that they should be protected. This was further emphasized by the fact that, increasingly, Canadians do not have an RPP to fall back on. The second saw RRSPs as just another investment. While many thought that the two types of plans should be treated similarly, some wondered if perhaps we should make both accessible rather than exempt. Specific concerns over exempting RRSPs included the following:

- Certain RRSPs are secure from seizure. To offer retroactive protection on others would be to provide bankrupts a protection that they chose not to avail themselves of when they made the investment.
- Those who, in selecting a retirement investment strategy, have chosen other vehicles such as real estate or stocks, should perhaps be protected as well.

- Debtors often use RRSPs now to pay creditors; if shielded, they may be less inclined to do so.
- RRSPs are often not purchased with retirement as the intended purpose.
- Exempting RRSPs would offer protection to the well-off but would do nothing for those who are neediest.
- More research is needed to determine the effects of such an exemption.

The Task Force proposal was supported by many as a reasonable balance between offering protection and ensuring the continued integrity of the system; however, even the limits proposed by the Task Force were subject to various criticisms. With respect to a cap or limited exemption, some felt that there should be none (as is the case in recent Saskatchewan legislation) or that the cap should simply reflect whatever figure would have been accrued under the Canada Customs and Revenue Agency's allowable contribution for that individual. One stakeholder even suggested that the cap should not be based on the amount of time a bankrupt has been contributing, but on how long they still have to save for retirement. On the issue of a clawback for recent contributions, some felt that a three-year period was too long, that the clawback should reflect the performance of the investments and that this issue could be dealt with under existing legislation if the contribution was seen as intended to shield assets. There was also some question of the tax implications of a clawback, given that a deduction may have already been granted. Finally, regarding the lock-in requirement, some stakeholders indicated this would be hard to implement. It was also noted that the idea of allowing the debtor the option of locking in the RRSP is a bit misleading; if the alternative would be to lose it entirely, it is clear which option the debtor would choose.

GROUP 2

3. REAFFIRMATION AGREEMENTS

The issue

Stakeholders have voiced concern whether reaffirmation agreements that re-establish a debt that was eliminated by a bankruptcy should be permitted.

Background

A debt reaffirmation occurs when a bankrupt revives or reaffirms personal responsibility for liabilities that have been eliminated in bankruptcy.

Reaffirmation agreements are not regulated in the *BIA* and statistics about the prevalence of these types of arrangements are not available in Canada. Anecdotal evidence suggests that creditors are having Canadian bankrupts enter into reaffirmation agreements for old debt as a condition of obtaining new credit. In the United States, estimates exist that reaffirmation agreements are entered into in over 19 percent of cases.

Two forms of reaffirmation agreements exist. Reaffirmation agreements by conduct are those where the bankrupt continues to make payments for a debt after bankruptcy even though the payments should have been extinguished. The courts have upheld reaffirmations by conduct. Reaffirmation agreements can also be established by express written agreements. Written agreements will likely be enforceable where sufficient or new consideration is offered, such as a creditor's undertaking to provide a new loan.

Considerations

Our bankruptcy legislation gives Canadians the opportunity for a fresh start, free from the burden of an unmanageable debt load. Creditors can no longer seek payment for debts that existed before the bankruptcy. Nevertheless, bankrupts and creditors appear to be reaching agreements that reaffirm pre-bankruptcy debts, potentially eroding the benefits of the fresh start principle.

Decisions upholding reaffirmation agreements have been criticized for subverting the fresh start principle. It has been argued that many bankrupts will not appreciate that continuing to make payments on a debt may lead to its reaffirmation. Consequently there may be potential for creditors to urge a bankrupt to continue payments on a debt once he or she has declared bankruptcy, irrespective of the fact that the debt has been extinguished by the bankruptcy. On the other hand, reaffirmation may be the only means a debtor has to obtain credit.

The Task Force concludes that the *BIA* should limit the scope for reaffirmation agreements. The view is that reaffirmation agreements concerning unsecured transactions should not be permitted, however, some payments may be allowed if approved by the official receiver or the courts, or if voluntarily made to a relative. The Task Force recommends that reaffirmation agreements in respect of secured transactions should be allowed only in limited circumstances. Its key recommendations are that:

- reaffirmation agreements must be in writing and entered into within nine months of the date of bankruptcy;
- the assets involved must remain in the possession of the bankrupt or his or her family;
- the bankrupt must be given the right to rescind the reaffirmation agreement for 90 days from the date it was signed;

- reaffirmation agreements must be reported to creditors;
- the amount that may be reaffirmed must be no greater than the balance of the outstanding debt at the date of bankruptcy, nor may it exceed a specified percentage of the value of the asset; and
- an offence be created for collecting a reaffirmed debt not meeting these requirements.

Another option would be to prohibit all reaffirmation agreements by a bankrupt, regardless of the circumstances. This approach would be consistent with the fresh start principle and would place bankrupts in a better position financially after receiving their discharge from bankruptcy. But this might substantially affect credit availability.

Consultations

Stakeholders generally agreed that except in a few specific circumstances, there should not be any legislative intervention to control reaffirmation agreements. In fact, the point was repeated on several occasions that while some debts may be renegotiated, such as a mortgage, efforts to pay debts that have been eliminated through discharge should be encouraged, possibly even rewarded.

Stakeholders were concerned that despite evidence of reaffirmation being relatively frequent in the United States, it has not been a common occurrence in Canada. In cases where it has occurred, it has often not been an example of objectionable conduct by the creditor. A particularly high degree of consensus emerged regarding control of reaffirmation agreements in circumstances where coercion is used by the creditor as an inducement to make good on the debt. There was also concern related to reaffirmation by conduct; however, this can take many forms which may need to be assessed differently. For example, secured versus unsecured debt, or cases where a contract has been continued by both parties versus one in which a debt is simply revived.

Concerns over abuse do exist and were clearly stated by some stakeholders; however, in the absence of evidence of a substantial problem, and given the view of many that this is a positive gesture when made by debtors, there appears to be little appetite for any intrusive action. Trustees suggested that as a matter of course, they typically warn debtors of this sort of situation and that the debtor is not obliged to repay the debt. Some creditors were against reaffirmation on the basis that it allows the debtor to selectively pay one or more, but not all, of their creditors, and therefore reaffirmation should be eliminated.

Another issue that arose was that in cases where reaffirmation may be in the best interests of both parties, great care would be needed to ensure that such a transaction was still possible. Examples raised related to accommodation and vehicles.

The Task Force proposal was partially supported, and although stakeholders acknowledged the distinction between secured and unsecured debt, the general view was that there was no justification in distinguishing among creditors. Coupled with concerns over how reaffirmation agreements could be supervised, and a very strong opposition to the Task Force recommendation that inappropriate payments be the subject of criminal sanctions against the creditor, it appeared that stakeholders would want any control to be focussed on coercion and reaffirmation by conduct.

4 STREAMLINING SUMMARY ADMINISTRATION

The issue

Suggestions to simplify procedures for consumer bankruptcies have been made, particularly in the case of the debtor with only token assets and a modest income.

Background

Canadian bankruptcy legislation was originally developed to resolve business failures. Summary administration provisions, which were intended to provide a simpler and cheaper way to administer the bankruptcy process for debtors with few assets, were not added to the *Bankruptcy Act* until 1949.

The summary administration procedures apply to non-corporate bankruptcies where the realizable assets do not exceed $10 000. In summary administration estates, several of the procedural requirements of the full administration process are omitted or streamlined. For example, newspaper publication of bankruptcy notices is not required, some of the forms are simplified, meetings of creditors are held only on request, inspectors need not be appointed, and trustee accounting and discharge procedures are simplified. Nevertheless, the process remains fairly complex. It involves an initial assessment interview of the debtor by the trustee, sending creditors a notice of bankruptcy, a statement of the debtor's affairs and forms relating to creditors' meetings, and proofs of claim. The trustee must prepare a report on the bankrupt's affairs, the causes of his or her bankruptcy, the debtor's conduct before and after bankruptcy, other matters relevant to whether the debtor should be discharged unconditionally where a debtor has surplus income, a recommendation as to whether the debtor should be discharged, and a statement of receipts and disbursements accounting for all money received and disbursed. The OSB and creditors have the right to get involved at various stages in the process, to request creditors' meetings, to oppose the trustee's recommendations, or to oppose the debtor's discharge.

Considerations

In recent years, consumer bankruptcies in which the debtor has few or no assets and low income have accounted for a large percentage of bankruptcies. In most of these bankruptcies there is no question of dishonesty or wrongdoing, and hence no reason for such an enquiry. The worst that can be said is that the debtor is poor at managing finances and is overwhelmed with debt. Creditors have little reason to take an interest in these cases. Their prospects of getting a return are slim. It would seem most efficient to try to process these bankruptcies as quickly and cheaply as possible.

The overall costs of administering these bankruptcies can be large. They require time and effort on the part of the trustee, the OSB, the creditors and the courts, as well as the debtor. There is room for streamlining. One approach was developed by the Task Force. Its approach would retain the existing summary administration process, but modify it to eliminate procedures that add no value. The creditors, the OSB and trustees would be able to get involved in summary administration bankruptcies selectively. For example, their right to intervene to call meetings or request information would be retained. In line with this approach, some key administrative tasks — such as the preparation of the trustee's report on the bankrupt's discharge, and the distribution of the statement of receipts and disbursements — would be required only if creditors request them.

This approach would significantly reduce the administrative burden in summary administration bankruptcies. It is estimated that in about half of summary administrations, there would be no need for the trustee to prepare a report or distribute statements of receipts and disbursements to creditors. But significant administration costs would remain. There would still be the assessment interviews for the trustee to carry out. Creditors would still have the option of getting involved in the process, requesting creditors' meetings, reports or copies of statements of receipts and disbursements, or opposing discharges. All these events would generate costs. On the other hand, by providing for some debtor involvement and enabling creditors to participate, this approach would help to ensure that the *BIA* continues to promote the integrity of the consumer credit system and prevent abuse.

A more radical change would involve ascertaining at the outset whether a consumer debtor fell within the low asset and income category and from that point providing practically no occasion for creditor involvement and no information other than notice that the debtor was bankrupt. Administration costs would be reduced to the barest minimum. The Australian *Commonwealth Bankruptcy Act* has a procedure along these lines, where the debtor files for bankruptcy, often by mail, and the creditors get little more than a notice of bankruptcy.

A major challenge with this approach would be to protect the integrity of the credit system and prevent abuse. One means might be to delay discharge for three years, during which the debtor would be required to report income and contribute surplus income to his or her estate. The three years would compare to the length of a typical consumer proposal. In effect, an insolvent individual debtor considering possible *BIA* solutions to his or her problems would have the option of negotiating a voluntary three year partial debt payment plan with his or her creditors under the consumer proposal provisions of the *BIA*, or would pay some of his or her debts involuntarily by going bankrupt and making surplus income contributions over the same three years. This would discourage debtors from looking at bankruptcy as an easy way of getting rid of debts and would encourage them to make maximum efforts to pay them outside bankruptcy or to negotiate consumer proposals.

A radically streamlined regime would further reduce administration costs. By delaying discharge for three years, such a regime would encourage consumer proposals and bring the obligations of bankrupt debtors more into line with those of debtors making consumer proposals. On the other hand, it would also reduce the *BIA*'s ability to protect the integrity of the credit system and counter abuse. More reliance would be placed on a debtor's honesty in reporting his or her state of affairs and income. There also would be less monitoring of the debtor's conduct by the OSB, trustees and creditors. Delaying the discharge for three years would provide a check on debtors' incentives to abuse the system, but it would mark a major departure from the fresh start principle.

Consultations

While streamlining was supported, most stakeholders agreed that this should be done through selective changes rather than by any comprehensive overhaul of the system.

Generally, most participants believe that our present system works well and is well regarded internationally. However, improvements that might lead to cost and time savings were seen as a possibility. For example, the use of electronic document filing was encouraged. Some even suggested that further changes should be delayed until the OSB has completed its move to electronic filing to determine what effect this has on the system.

There was no support for a radical streamlining that would vastly reduce paper flow and simplify the process. The principal concern was that the radical streamlining option was very much open to abuse in a system that is already the subject of criticism for its ease of access. That point was raised not only by creditors but also by trustees and other groups. The trustees raised another concern, which is that their work involves a significant amount of counselling, not only of a financial nature. A bankrupt is often distraught: the radical approach would eliminate much of the personal aspect

of the trustee/bankrupt relationship, and the ability to counsel both financially and otherwise would be lost. The possible delay in discharge that the radical approach offered was also criticized as being unfair to those who go through the summary administration process. A final concern is the responsibility that would be placed on the bankrupt to interpret and complete paperwork without assistance which, trustees pointed out, would be challenging even for the well-intentioned debtor. This could affect the integrity and reliability of the process.

The Task Force proposal received some support as being a good balance between creditor and debtor interests in those cases where the debtor has few assets and a low income. However, several participants indicated that they find the reporting requirement of section 170 of the *BIA* useful for a variety of reasons and would prefer that it be maintained.

Interestingly, one idea which did recur throughout the consultations with a reasonable degree of support from a wide range of stakeholders was that the period before discharge should be extended, perhaps to 15 months. Such an approach would allow for the passage of a full tax cycle, provide more time to counsel the debtor, and help ensure obligations for payment of the trustee are met.

Apart from the issue of the discharge period, most of the suggestions made related to technical points, which would not alter the system in any substantive way. Stakeholders did not see any reason for a dramatic streamlining that alters any of the fundamental principles that support the present system.

5. REGISTERED EDUCATION SAVINGS PLANS

The issue

Should amounts contributed to a Registered Education Savings Plan (RESP) be exempt from seizure if the person in whose name the account is held goes bankrupt?

Background

RESPs have existed under various names since 1960, and since that time have gone through two notable changes: they were granted a tax-sheltered status; and they are eligible for a matching program in which the federal government contributes to the savings plan (to a maximum of $4000 per year) based on the contributions of the plan holder. In the event of a bankruptcy of the plan holder, the existing balance can be seized to pay creditors, while the government contributions are forfeited to the government.

RESPs are generally collapsible prior to being needed for education, and the proceeds go to the plan holder, typically a parent.

Considerations

The fundamental concern is balancing the fairness of exempting another asset from seizure with the public interest of promoting education.

Government action to shelter and top-up these accounts certainly indicates a support for them, and promotes them as a vehicle for encouraging education. Education is obviously a positive contribution to society; however, providing an exemption in bankruptcy has a negative impact on creditors.

Concern exists for both creditors and insolvency practitioners regarding additional exemptions. Certainly any exemption would reduce the size of the estate distributable to creditors, resulting in greater losses. Although the individual loss to a particular creditor in a particular bankruptcy would likely be modest, the overall loss to creditors across all bankruptcies may be appreciable. There is also concern that further exemptions and prioritizing of claims are slowly eating away at the fundamental purpose of bankruptcy, which is the fair and efficient redistribution of assets.

Consultations

This issue was also discussed in each city, with a presentation made in Ottawa on behalf of the RESP Dealers of Canada. The question is whether RESP accounts should be exempt from seizure in a bankruptcy, a similar issue to that of exempting RRSPs, where issues of public good and fairness to all parties are the focus.

RESPs are generally seen as investments for a good purpose, and this view was supported by stakeholders at the consultations. Although this issue did not raise a great deal of discussion, comments were supportive of offering an exemption; however, conditions similar to those discussed for RRSPs were also supported, such as a lock-in requirement. The RESP Dealers of Canada proposal also suggested a clawback of the last year's contribution.

An alternative suggestion was that these plans be made to meet the formal requirements of a trust, thereby avoiding seizure. This option would somewhat lessen the flexibility of such plans.

6. ENFORCEMENT OF SECURITY ON A BANKRUPT'S HOUSEHOLD PROPERTY

The issue

Security agreements on a debtor's household property sometimes are enforceable after bankruptcy. The issue is whether this should be changed.

Background

In most Canadian provinces, it is possible for a creditor to take as security the personal property found in a person's home. In cases where the consumer becomes insolvent or declares bankruptcy, a creditor may seek to take advantage of a bankrupt's desire to keep this property, ultimately obtaining more than the property is worth by threatening to seize the assets. This is often the case as well for personal vehicles, which may be essential to a person's family or for employment purposes.

This practice has been strongly criticized by some commentators, who contend that it is abusive and unfair towards bankrupt individuals and their families. It has been disallowed in the United States under the U.S. *Bankruptcy Code* and in some provinces. The Task Force has given the issue considerable thought and has raised concerns.

Considerations

The rights of secured creditors are rarely affected in a bankruptcy. There are no mechanisms in the *BIA* to protect personal property of a bankrupt that would otherwise be exempt under provincial law. Furthermore, the lack of remedies to protect a debtor's equity in the property or to retain the property through some form of negotiated agreement with the secured creditor has been criticized as unfair and punitive.

The U.S. *Bankruptcy Code* offers more protection for personal property held primarily for personal, family or household use, or property used for employment such as professional books and tools of the trade. Security interests in those assets, other than purchase money security interests, in which the assets were bought with the loan funds, are not enforceable.

The Task Force recommends that all non-purchase money security interests granted by the debtor against personal property should be unenforceable in bankruptcy and consumer proposals. It also recommends stronger protection for assets that are exempt from seizure, including a requirement that a secured creditor must pay the exempt amount to the debtor before enforcing.

The Task Force's recommendations would address the main criticisms that have been made against the current state of the law. Limiting the scope of security interests in household furnishings, however, may affect the availability of credit for the purchase of these items.

Consultations

Strong support existed for control of agreements that use household property as security, which would otherwise be exempt from seizure. If the goods bought with the credit are the security, they would be seizable (a purchase money security interest) whereas if the security is on goods other than those purchased with the credit, they would not be seizable (a non-purchase money security interest). Although this issue, like several others,

could be left to provincial consumer legislation to address, it appears different because many viewed such agreements as a collection tool rather than a real security agreement.

Although several stakeholders felt that this, too, was an issue that provinces could deal with if they choose, and that in any event the bankrupt agreed to offering their household belongings as security, this was not the commonly held view. Those who supported controls did so for several reasons:

- Often a bankrupt is not aware of what he or she is agreeing to when signing the document.
- In stakeholders' experience the creditor generally has no intention of taking the goods but uses the threat as a means of pressuring someone to pay.
- This is not the type of agreement used by much of the lending community, and would be unlikely to affect credit availability if barred.

While the U.S. model was not well supported because of the higher frequency of court intervention for such issues, the Task Force model received broad support. Criticism of the Task Force model tended to be of a more technical nature, such as the need for very clear definitions and the difficulty involved in valuing assets. The overall view that emerged was that at a minimum, two points need to be dealt with. First, unless there is a purchase money security interest, these security agreements should be inapplicable to property that would otherwise be exempt from seizure. Second, although vehicles are frequently the subject of provincial exemptions and occasionally the subject of a non-purchase money security interest, they are used as security and are a real and saleable asset unlike other household belongings. For this reason, it was suggested that vehicles should perhaps be treated differently than other household belongings where the security might be used more as a pressure tactic.

7. MANDATORY COUNSELLING

The issue

A debtor who is bankrupt or has made a proposal is required to participate in counselling. The question is whether this should be made optional.

Background

Mandatory counselling provisions were first added to the *BIA* in 1992. Under the 1992 provisions, the trustee was obligated to provide for counselling for an individual bankrupt and could also provide counselling for someone "financially associated" with the bankrupt. The costs were to be paid out of the bankrupt's estate. Bankrupts who

refused or neglected to receive counselling were made ineligible for automatic discharge. Counselling was also required for debtors making consumer proposals.

The counselling program was evaluated by the OSB in 1994 and again in 2001. The 2001 evaluation showed counsellors and debtors to be positive about counselling, more so than in 1994. Most counsellors and insolvents supported mandatory counselling, especially the first session on financial management education. Counsellors felt that the program has had a positive effect on changing behaviour and on the ability of insolvents to avoid future bankruptcies. Insolvents are very positive about counselling's effect on their ability to manage their financial affairs.

The evaluators concluded that the mandatory counselling program should continue, noting that a majority of counsellors and insolvents believe it to be effective in providing useful knowledge and skills. The evaluation report found that support for mandatory counselling had increased between 1994 and 2001.

Considerations

The evaluations of the counselling program indicate that counselling yields significant benefits: producing positive behavioural changes in insolvent debtors, increasing the ability of insolvent debtors to manage their financial affairs, and providing useful knowledge and skills. Further, counselling appears to have had little impact on the operating costs. The costs of counselling an insolvent debtor are to be paid out of the estate, which in effect would mean by the creditors. In essence, creditors would be providing a valuable service to debtors, albeit one that would provide benefits to creditors in future to the extent that debtor financial management improves.

An alternative approach would be to make counselling optional at the discretion of the debtor, the trustee, or the OSB. Counselling at the debtor's option would make sure that only debtors seeing value in counselling would get it. The retention of information provided to these debtors would presumably be better than for debtors taking counselling only because it is required. Nevertheless, overall net benefits might not be higher than with mandatory counselling because some debtors who would not take counselling voluntarily could benefit from it.

Consultations

While consensus did emerge in support of counselling, with suggestions as to how it may be improved, there was some question as to its value in certain circumstances.

Generally, stakeholders see counselling as a valuable means of improving a bankrupt's ability to deal with money and budgeting, and they anticipate this would reduce the incidence of second-time bankruptcies. Several trustees who conduct counselling indicated that their counselling skills had improved and that they were now better able to perform this function than when it was first introduced. They did suggest that

supplementary materials and training could be improved. While there was some discussion regarding who is best suited to do counselling — trustees or outside counsellors — there was no resolution on that point.

A common theme related to this topic, and others, was that counselling at the time of bankruptcy may be helpful, but a comprehensive education program on personal finance for young people would be more useful. Many suggested that high school or even sooner would be the best time for this and that it should not be cursory. The Canadian Banker's Association indicated that they have been sponsoring a voluntary national program that provides a presentation to students. As well, it was pointed out that in British Columbia there is a high school component devoted to this topic. There was a further suggestion that more counselling, perhaps by some kind of independent counsellor, should be required prior to being able to declare bankruptcy. However, trustees indicated that they already spend considerable time doing this and ensuring that bankruptcy is the appropriate action, to the extent that they often refer people to other options and agencies.

On a more technical note, considerable support existed for additional counselling, perhaps through a mandatory third counselling session. Similar support existed for the idea that counselling be made an absolute requirement in all cases as a condition to obtaining a discharge and that the timing of the existing counselling might be changed.

The most frequent criticisms of mandatory counselling followed two lines of thinking. The first was that by the time someone reaches the point of bankruptcy, it is too late for counselling to be effective or have a significant impact. Many of those who felt this way were supportive of some kind of earlier education program. The second was that in many cases, a bankruptcy is not the result of mismanagement by the bankrupt, but rather the result of a business failure, job loss or marital breakdown. In such cases, trustees noted that it was both embarrassing and unproductive for them and the bankrupt to go through this process. While many concurred, they thought it would be too difficult to create an exemption and identify which bankrupts may not require counselling; therefore, it should remain mandatory.

GROUP 3

8. CONSUMER LIENS

The issue

Consumers who place deposits on goods or services with a vendor, but who never receive those goods or services because the vendor subsequently declares bankruptcy, are presently unprotected.

Background

From time to time retailers go bankrupt, leaving consumers with no more than unsecured claims and little chance for recovery. Consumers invariably feel aggrieved in these situations because they do not regard themselves as creditors and did not intend to incur risk. A consumer lien would improve the likelihood of recovery.

The consumer liens issue was raised at the federal level in 1991–92 during hearings before Parliamentary committees reviewing the amendments to the *BIA*. The protection proposed in the 1992 legislation for unpaid suppliers was noted and it was suggested that consumer depositors are even more vulnerable and in need of protection. No consumer lien provisions were adopted in 1992.

British Columbia enacted consumer liens legislation in 1993. It established a "buyer's lien" — a security interest applying to purchases of unascertained or future goods for personal, family or household use. The lien covers all accounts of the retailer into which consumer deposits are paid and goods in the retailer's inventory that are of the same description as the goods ordered. This buyer's lien ranks ahead of claims of secured creditors.

The Bankruptcy and Insolvency Advisory Committee considered a federal consumer lien in its 1993–94 deliberations, but made no recommendation. No such provision was included in the 1997 amendments.

Considerations

Consumer liens primarily have fairness objectives. Consumer depositors are seen as vulnerable creditors, needing special protection. As with all proposals to give statutory protection to a specific group of creditors at the expense of other creditors, an important question is whether the departure from an equal payment principle is warranted. There is also the consideration as to whether these measures might adversely affect credit availability.

While the *BIA* does not provide for consumer liens, if tested it may be held to recognize consumer liens established under provincial law. If it were deemed desirable to provide protection nationwide, a federal lien could be put in the *BIA*.

Another approach, similar to that provided in the United States, would be to give preferred status to claims for consumer deposits, ranking them ahead of ordinary creditors' claims but behind secured claims. Preferred status would provide weaker protection to consumer depositors than a consumer lien, but would also have a less potentially adverse effect on credit.

Consultations

A substantial consensus was reached that supported leaving this issue to be dealt with through provincial commercial/consumer legislation, as, in the view of most stakeholders, it is not a significant problem. Although it was raised that this issue could also have been dealt with as a commercial insolvency topic, the input received was considerable and worthwhile.

Many trustees and creditors indicated that, to the extent possible, they would be happy to complete the transaction for consumers who have placed deposits on goods with an establishment that then goes bankrupt. However, given that this is often not possible, there was concern regarding trustees' ability to deal effectively with such situations. While some establishments may maintain good records of such transactions, not all do, and it was suggested that the administration that would be involved for amounts that are often individually quite small would be burdensome, perhaps to the point of discouraging trustees from accepting the file.

While some suggested that fairness would be served by providing some compensation in these circumstances, there were again differences over how to accomplish it. Many felt that the best method would be to require deposits of this nature be deposited in a trust account. This, however, is beyond the scope of bankruptcy law. The U.S. preferred status option was considered, but it was generally viewed as impractical as it is more complicated than a simple priority and still does not guarantee recovery.

Given the perception that this is a relatively minor problem, and that any federal intervention would create delays, complexity and loss to other creditors, the overall view of stakeholders is that this issue should be left to provincial commercial legislation to deal with.

9. GROWTH IN CONSUMER INSOLVENCIES

The issue

During the last two decades consumer insolvencies have risen rapidly. In light of this, stakeholders have pointed out the need to consider introducing further measures in the *BIA* to address this increase.

Background

The number of consumer insolvencies has grown steadily from about 21 000 in 1980 to almost 93 000 in 2001.[8] This is an increase from 1.14 per thousand of adult population to 3.77 per thousand, a 230 percent increase. Consumer bankrupts as a group are not simply a cross section of the population as a whole: they differ in important respects. A larger proportion of insolvent consumers is young. A relatively high

8. Annual Statistical Reports, OSB.

percentage are unemployed or self-employed. Insolvent consumers are also concentrated in the low income categories. While they tend to have few assets and low debts, given their low incomes they have relatively high debt-to-income ratios.

There has been a demographic shift of the population into several of the categories that have been more vulnerable to insolvency, including single parents, self-employed and the unemployed. It has been estimated that the demographic shift into high risk categories and the increased vulnerability of debtors within these categories may account for as much as 40 percent of the increase in bankruptcies.[9]

Per capita real disposable income was somewhat stagnant in the 1990s. During this period, debt levels increased, resulting in steadily rising debt-to-income ratios.

Two amendments that tend to contain the number of insolvencies were enacted in 1992. Mandatory counselling was introduced to increase the debt management skills of debtors and to reduce the incidence of repeat insolvencies. A consumer proposals scheme gave consumer debtors an alternative to bankruptcy.

Another change was made in 1997, when the *BIA* was amended to encourage debtors to take more responsibility for their debts. This change reflected concerns at the time that some debtors were taking advantage of bankruptcy too quickly, using it to rid themselves of debt when they could afford to pay at least some of those debts, either through consumer proposals or outside bankruptcy altogether. The amendments require bankrupt debtors, while they are bankrupt, to contribute income above their basic needs to their creditors. They also require the trustee to recommend whether a bankrupt should not be discharged unconditionally, in light of the debtor's conduct and ability to pay his or her debts partially. The trustee, in preparing the recommendations, and the courts, in deciding whether to refuse a full discharge, are to consider whether the debtor made surplus income payments as required, or could have made a viable consumer proposal rather than go bankrupt. The 1997 amendments also limit access to a fresh start for student debtors, by not allowing a discharge from student loan debts for two years after finishing studies. The non-discharge period was increased to 10 years in 1998 to reflect increased benefits provided for students in that year's budget.

Some intervenors before Parliamentary committees reviewing the 1997 legislation suggested that the amendments were oppressive to debtors and that creditors should also bear some responsibility for high consumer debt levels. In support of these arguments they pointed to strong lender advertising to encourage consumer borrowing and too frequent credit card solicitations.

9. Craig Campbell, *Increased Rate of Personal Bankruptcy in Canada: Socioeconomic Influences (1976–1997)* (unpublished paper prepared for Industry Canada, December 2001).

Considerations

The rise in consumer insolvencies, not just in absolute numbers but on a per capita basis, is a matter of concern to many consumer insolvency stakeholders. Given the recent social trends in Canada — the shift of the population into higher insolvency risk categories — a rise in insolvencies would be expected irrespective of insolvency law provisions. Growing debt levels and growing debt relative to incomes are factors affecting insolvencies that insolvency law may be able to influence.

Growing debt-to-income ratios could have several causes. They could result from changing attitudes of borrowers and lenders to risk, a more tolerant attitude of consumers to bankruptcy, and a lessening of the stigma attached to bankruptcy.

The fresh start provisions of the *BIA* provide essential protection for consumer debtors against financial catastrophe. They also expose lenders to higher risk and may generate moral hazard and adverse selection problems for lenders. The fresh start provisions give lenders the incentive to monitor their debtors. In addition, they give individuals an incentive to plan for their future.

If it is decided that growing debt is a problem and that insolvency law must do more to remedy it, the 1997 *BIA* incentives for debtors to take added responsibility for their debts could be complemented by some creditor incentives. One approach suggested by stakeholders might be to reduce the status in bankruptcy of claims relating to those types of consumer loans that should be discouraged.

Consultations

There was considerable and varied discussion on this issue, ranging from consumer responsibility and lending practices to current economic realities, the social role of bankruptcy law, and the lessening stigma of bankruptcy. While there was no consensus on individual issues, the overall view that did emerge was that this was not something that should be dealt with through insolvency legislation.

The common view was that there are several factors that contribute to the growth in consumer insolvencies and that they are somewhat intertwined. Some factors are of a social nature, which cannot be controlled through legislation; therefore, it would be impractical and unfair to attempt to address specific factors in isolation. Many took the view that while there is growth in consumer bankruptcies, this is not necessarily out of context with the nature of our economy, which is far more credit-based than in the past. It was noted that although credit granting practices may be a concern, these constitute commercial transactions, which are a distinct issue and governed by other legislation, and it may be that insolvency law should not be used as a tool to adjust them. Also noted was that the consumer is as much responsible for the use of credit

as the credit grantor is for making it available; therefore, why penalize only one of the parties involved, as one option in the discussion paper proposed.

In fact, it was suggested that perhaps it is the ease with which bankruptcy is possible that is partly the cause, and that the present regime does not do enough to make bankruptcy an unenviable choice unless truly necessary. Some creditors supported this view, noting that their bad debt rate has remained consistent with the amount of credit granted, and suggesting that increased credit is not the root cause of any growth.

10. STUDENT LOANS

The issue

The issue is whether the *BIA* provisions that restrict the ability of bankrupt students to obtain a discharge from their student loan debts for 10 years should be modified.

Background

In 1997, amendments to the *BIA* prevented bankrupt individuals from discharging their student loans if they were still in school or for the first two years after leaving school. These changes were made to help support the sustainability of the Canada Student Loan Program.

During the period 1990–91 to 1995–96, the number of bankruptcies involving student loans increased by more than 73 percent. Also, with respect to the Canada Student Loan Program, losses during that same period increased by 127 percent, from $40.1 million to $91.1 million.[10]

10. HRDC, Canada Student Loan Program Claims Legacy Files.

In 1998, as part of the 1998 Budget package, further amendments were made to the *BIA*. These changes provide that where a person with student loan debts goes bankrupt while a student or within 10 years after finishing studies, any outstanding student loan debts and interest owing on those debts will not be discharged by the bankruptcy.

Should a person declare bankruptcy within this 10-year period and still owe money for the student loan at the end of the 10-year period, an application can then be made to the courts to have the remaining student loan balance discharged. To be eligible for this discharge, the applicant must have acted in good faith in respect of the loan and show evidence that financial difficulty will continue to such an extent that it will not be possible to repay the loan.

The 1998 amendments were intended to reflect the very substantial benefits provided to students in the 1998 Budget. These benefits included a new and very large scholarship program (the Millennium Scholarship Fund) under the Canada Opportunities Strategy. The Fund significantly increased non-repayable grants available to students

and under the Canada Student Loan Program many relief measures were made available to students who received loans. These include:

- a six-month grace period before repayment commences;
- 30 months of interest rate relief over the life of the loan, extendable for another 24 months for students with prolonged financial difficulty;
- potential extension of the amortization period of the loan up to 15 years; and
- potential loan forgiveness of up to $10 000.

The amendments to the *BIA* under the 1998 Budget were intended to ensure that students would take advantage of these generous relief measures before considering bankruptcy. By so doing, the amendments limited the losses on student loans and helped assure the continued availability of student loan funds.

Considerations

A challenge of the student loan provisions on grounds that they contravene the rights of students under the Charter of Rights is currently before the courts. In light of this, no options for changes have been considered.

Consultations

This issue was raised by stakeholders at all consultations, and in Ottawa it was the subject of a brief presentation by a representative of the Canadian Alliance of Student Associations (CASA).

The present rules regarding the discharge of student loans were viewed by most stakeholders as too harsh. Many felt that these loans should not be treated differently than any other loan. The current restrictions were seen by many as unfair, and some found that they did not reflect reality. They suggested that there are indeed many people who, despite their best efforts, qualify as bankrupt, but for whom declaring bankruptcy is of little benefit because their largest debt is a student loan that would not be eliminated.

CASA took the position that there was too little time to assess the success of raising the non-dischargeable period to two years before the period was further increased to 10 years. CASA proposed reducing the period to five years and then evaluating it. Another proposal involved simply making a student loan debt a preferred claim, but one which is still encompassed by the bankruptcy. Other concerns were that the provisions apply to anyone who has not been out of school for at least 10 years, rather than to loans that are at least 10 years old. This provision means that someone who returns to school, without taking new student loans, restarts the 10-year period, even though it could conceivably be for a loan made 15 years ago.

A final concern, although it is beyond the scope of insolvency law, was that loans are readily available for many courses that, in the trustees' experience, seem unlikely to offer the career prospects necessary to be able to repay the student loans.

11. WAGE ASSIGNMENTS

The issue

Some stakeholders, particularly in the financial community, would like to restore the effectiveness of wage assignments.

Background

A wage assignment is a form of security for consumer loans in which the collateral is a portion of the future wages of the borrower. Wage assignments are permitted in Ontario and Manitoba. They may only be used by credit unions.

Before 1992, wage assignments were enforceable against wages earned after bankruptcy and before discharge. Credit unions regularly took wage assignments from borrower members as pledges of up to 20 percent of the wages.

In 1992, section 68.1 was added to the *BIA*, providing that assignments of future or existing wages made before bankruptcy did not apply to post-bankruptcy wages. Ontario credit unions have argued that as a result of section 68.1, other creditors — including credit card issuers, who charge higher rates than credit unions — are receiving money that previously went to the credit unions. They have sought the repeal of section 68.1.

Considerations

A wage assignment may be the only collateral that a debtor has and his or her ability to get a loan may depend on its availability. On the other hand, because the collateral in a wage assignment consists of a substantial part of the future earnings of the debtor, the operation of a wage assignment in bankruptcy may seriously compromise the debtor's chance to get a fresh start. The availability of wage assignments also reduces the amounts available to other creditors in bankruptcy.

Section 68.1, making wage assignments unenforceable, resolves problems encountered with the pre-1992 law. Those problems included strategic behaviour by credit unions trying to extend the period before a bankrupt's discharge while a wage assignment still operated and by trustees trying to advance the date of discharge as much as possible to assist the debtor. Section 68.1 increases the lending risks for credit unions in those provinces permitting wage assignments and may lead to reduced credit availability for credit union member–borrowers. Yet credit unions in other provinces have been able

to carry on without the availability of wage assignments. Credit unions in provinces permitting wage assignments seem to have adjusted well to section 68.1. Overall, the effect on credit availability may be small.

Repeal of section 68.1 would reduce a bankrupt debtor's chances for a fresh start. The strategic behaviour problems solved by section 68.1 would return. Other creditors would have less access to the debtor's post-bankruptcy earnings, because surplus income available under section 68.1 would likely fall. On the other hand, lending risks for credit unions would be reduced and credit availability may be increased.

Consultations

There was a large consensus in support of leaving the provisions dealing with wage assignments to credit unions as they are now.

Despite the suggestion that in many cases credit unions differ from traditional lending institutions and often serve areas that would otherwise go unserved, the consensus was that credit unions have the same opportunities as other lenders to share in the proceeds of a bankruptcy and any excess income payments. Stakeholders also noted that as only two provinces allow such agreements, wage assignments would further complicate the system and reduce any return to other creditors through the excess income contribution. Concern was also raised that allowing the practice of wage assignments to survive bankruptcy would encourage credit unions to oppose discharges as a means of extending payments to them.

APPENDIXES

APPENDIX A: RECENT LEGISLATIVE AMENDMENTS

The 1992 changes included:

- making deemed trusts protecting Crown claims ineffective in bankruptcies, other than deemed trusts protecting Crown claims to source deductions of income taxes and Canada and Quebec Pension Plan and Employment Insurance premiums;
- recognizing only those statutory security interests protecting Crown claims that are registered and subordinating those claims to previously registered competing security interests;
- removing preferred creditor status for Crown claims generally;
- imposing an automatic stay preventing secured creditors from realizing on their security in business reorganization proposals;
- introducing a reporting requirement for receiverships, to enable the OSB to gather information on and supervise receiverships;
- introducing a right for unpaid suppliers to reclaim goods within 30 days of delivery;
- implementing a separate regime for consumer proposals;
- protecting trustees against claims for environmental damage; and
- giving the Superintendent of Bankruptcy greater licensing powers.

The major 1997 reforms included:

- improving trustee protection from claims for environmental damage and giving them protection against liability as successor employers;
- giving the Crown a super-priority (that is, a first claim on the debtor's assets) for the costs of any clean-up of environmental damage;

- limiting directors' personal liability during the reorganization of a company;
- introducing rules governing bankruptcies of securities firms and international insolvencies;
- harmonizing elements of the *CCAA* and the *BIA*;
- requiring bankrupt individuals with income in excess of basic needs to make payments to their estates for the benefit of their creditors; and
- further increasing the Superintendent of Bankruptcy's licensing powers.

APPENDIX B: PRIORITY OF CLAIMS

The priority of claims is fundamental to insolvency law. The primary feature of an insolvency is that there is not enough money to satisfy all the creditors. For any number of reasons not all creditors are treated equally; rather they are categorized, with some classes entitled to payment before others. In insolvency, the claims of creditors reflect several different pieces of legislation at both the federal and provincial levels.

The first entitlement to payment are the "super-priorities." A super-priority is a claim which by legislation is put ahead of other creditors, regardless of any contractual right or lesser legislative entitlement. Two super-priorities exist, both in favour of the Crown. The first is for compensation for any environmental damage. The second is for unremitted source deductions of Canada Pension Plan and Employment Insurance premiums, and employee tax withholdings.

Second in line for payment are "secured creditors." Secured creditors may have obtained their security rights through private agreement between the debtor and the creditor (for example, a mortgage loan contract). The secured creditors in these cases will normally protect their prior ranking by registering their security agreements in a recognized registry system. The registries and the priority rules that apply to these security agreements are primarily governed by provincial law. Both the *BIA* and *CCAA* recognize these rules.

After secured creditors come the "preferred creditors," whose entitlement is through legislation; the entitlement applies only in bankruptcy proceedings. Section 136 of the *BIA* governs the distribution of the property of the debtor remaining after the secured creditors have realized on their security. It provides that the proceeds realized from the property of a bankrupt debtor are, subject to secured creditors' rights, to be distributed among nine classes of claims of preferred creditors, ranked in the following order:

1. funeral expenses of the bankrupt
2. costs of administering the bankruptcy (trustees' fees and legal expenses)
3. a levy imposed on all estates to help defray the expenses of the OSB
4. wage claims up to $2000, plus $1000 in salesmen's expenses
5. alimony and maintenance claims
6. municipal taxes
7. landlords' claims for rent
8. costs of the creditor who first executed against the debtor, and
9. claims of workers for injuries not covered by Workers' Compensation.

The claims of creditors in each class are to be paid in full before those with claims in lower classes receive anything.

Any remaining funds after all preferred claims have been paid are to be distributed among the "other creditors" in proportion to their claims. An exception is made for certain types of deferred claims, which have lower ranking. Wage claims of spouses of bankrupts are not paid until claims of other creditors are paid. Wage claims of other relatives of a bankrupt employer do not have preferred status.

In addition, there are special provisions for groups such as unpaid suppliers that do not improve their claim but that provide special rights, such as the ability to repossess goods sold to the debtor.

APPENDIX C: LIST OF SUBMISSIONS

The following stakeholders have made written submissions and have consented to the release of their submissions (provided to the Committee under separate cover).

Barnes, Stephen H., MacKay and Company Ltd.

British Columbia Securities Commission

Canada Customs and Revenue Agency, Government of Canada

Canadian Alliance of Student Associations

Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals

Canadian Association of Insurance and Financial Advisors

Canadian Banker's Association (2 submissions)

Canadian Real Estate Association

Credit Bureau of Ottawa and Hull

Fédération des caisses Desjardins du Québec

Fiducie Desjardins inc.

Honsberger, John D., Raymond and Honsberger

Insolvency Institute of Canada

Klotz, Bob, Klotz Associates

Masse, Stan

Mauro, Cathy

O'Meara, Marc

Ontario Securities Commission

Owen, John, Omega-One Ltd.

RESP Dealers of Canada

Saskatchewan Labour, Government of Saskatchewan

Steele, Andy, Compaq Canada

Syncrude Canada Ltd.

Toronto Stock Exchange

Ziegel, Jacob

GLOSSARY

These definitions are provided as a simple reference tool for the purpose of this paper only. Formal definitions for use in other situations may exist in legislation.

ASSET ROLLOVER — The commonly used term to describe a situation in which the principals of a bankrupt company purchase assets from the bankrupt corporation to restart the same type of business. The concern is that the principals in effect continue the same business under a new name, while creditors of the bankrupt company suffer a loss. These are occasionally referred to as "flips."

BANKRUPTCY — The legal status of a bankrupt, who is a person who has gone bankrupt under the *BIA*, either voluntarily by making an assignment in bankruptcy, or involuntarily by having a receiving order made against that person.

CONSUMER LIENS — A priority right held by a consumer against assets of a business with whom the consumer has made a deposit or down payment for goods or services that the business has not delivered.

CONSUMER PROPOSAL — A proposal made by a consumer debtor to his or her creditors under Division II of Part III of the *BIA*, with the intention being to restructure the debt. A typical proposal will result in the debtor repaying less than the full debt but more than might occur in a bankruptcy.

CREDITOR — A person, business or corporation with a claim for a debt owed. For the purposes of the *BIA*, a creditor is a person with a secured, unsecured or preferred claim provable under the Act.

DEBTOR — A person, business or corporation which owes a debt to others. A debtor under the *BIA* is a person who resided in Canada or carried on business there at the time of his insolvency.

DEBTOR-IN-POSSESSION FINANCING (DIP) — Financing obtained by a reorganizing debtor, the significant feature being that the lender assumes priority over other existing creditors.

DEEMED TRUST — A statutory priority whereby assets of a debtor are deemed to be held in trust for the specified creditors to whom the priority is granted, and hence are not available for distribution to the other creditors of the debtor. The *BIA* does not recognize deemed trusts giving priority to Crown claims, other than those protecting Crown claims for source deductions of income taxes, Canada Pension Plan and Quebec Pension Plan premiums and Employment Insurance premiums.

INSOLVENCY — This has both legal and accounting meanings, but describes a person, business or incorporation that while not bankrupt cannot meet certain standards of financial viability. The *BIA* defines an insolvent person as one who cannot pay his or her debts as they fall due, has stopped paying his or her debts, or whose assets could not cover his or her debts.

LIQUIDATION — Disposing of assets of the debtor, the proceeds to be used toward paying the debts and obligations of the debtor.

PREFERENCES — Payment by an insolvent debtor to one or more creditors while excluding other creditors. The *BIA* provides that the trustee may overturn certain transfers of property or payments to a creditor by a debtor who later goes bankrupt with the intent of preferring that creditor over other creditors.

PREFERRED CREDITORS — Creditors that do not hold security for the debt owed to them, but that fall into one of the categories identified in section 136 of the *BIA* and are granted a priority over other unsecured creditors.

PRIORITY — The ranking of creditors to determine in which order they may be paid.

REAFFIRMATION AGREEMENT — An agreement by a consumer debtor to reinstate a debt that was erased by bankruptcy or reorganization, usually for the purpose of obtaining new credit.

RECEIVER — A person appointed under the terms of a contract with a debtor or by the court, whose powers are specified in the contract or by the court and may include taking possession or control of some or all assets of the debtor, realizing the assets, and paying the proceeds to the creditor under the contract to the extent of the outstanding debt, or to the creditors generally.

REORGANIZATION — A proceeding under the *CCAA* or Part III, Division I of the *BIA* to restructure a business's debt so that the business may continue to operate. These proposals may typically result in creditors receiving less than full repayment, but more than they would receive in a bankruptcy.

SECURED CLAIM — A claim by a creditor that is secured by assets of the debtor in the event of non-payment.

SECURED CREDITOR — A creditor who holds security — which may be in the form of a mortgage, charge, pledge, security interest under a *Personal Property Security Act*, or other security interest — for the debt owed.

SECURITY — The assets of the debtor to which a secured creditor has entitlement if the debtor defaults in payment.

STAY — In bankruptcy and insolvency proceedings, the suspension by statute or court order of a creditor's ability to exercise a right it would otherwise have to take legal action, including action to collect a debt.

SUPER-PRIORITY — A priority granted by statute that ranks a claim ahead of all other claims, including secured creditors' claims.

TRANSFERS AT UNDERVALUE — The sale of goods by an insolvent person, business or corporation at substantially less than the market value, typically to a non-arm's-length party.

TRUSTEES — A trustee in bankruptcy is a person licensed by the OSB to administer proposals and bankruptcies.

UNSECURED CREDITOR — A creditor who has loaned money or provided goods or services to a debtor without securing the debt through some form of security agreement against debtor assets.

WAGE ASSIGNMENT — The commitment of a portion of a person's future earnings as security for a loan or credit.

Industrie Canada Industry Canada

Rapport sur la mise en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

Canada

Rapport sur la mise en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

Septembre 2002
Direction générale des politiques-cadres du marché
Secteur de la politique

On peut obtenir cette publication sur supports multiples, sur demande. Communiquer avec la Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité dont les coordonnées suivent.

Pour obtenir des exemplaires supplémentaires de cette publication, s'adresser également à la :

Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité
Bureau 560F, tour Ouest
235, rue Queen
Ottawa (Ontario) K1A 0H5

Téléphone : (613) 952-1259
Télécopieur : (613) 952-2067

Cette publication est également offerte par voie électronique sur le Web (**http://www.strategis.gc.ca/dpdci**).

Autorisation de reproduction
À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission d'Industrie Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, qu'Industrie Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec Industrie Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à **copyright.droitdauteur@communication.gc.ca**.

N.B. Dans cette publication, la forme masculine désigne tant les femmes que les hommes.

N° de catalogue Iu4-3/2002
ISBN 0-662-66932-0
53678B

Contient 10 p. 100
de matière recyclée
après consommation

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire **1**

I. Introduction **7**

II. Survol **11**

1. Contexte 11

2. Historique 12

3. Conséquences sur le plan économique 13

4. Tendances en matière d'insolvabilité 14

III. Questions relatives aux politiques administratives **17**

1. Volume des dossiers d'insolvabilité 18

2. Accès au système d'insolvabilité 20

3. Programme de conformité des débiteurs 22

4. Surveillance réglementaire : les réorganisations en vertu de la LACC 23

5. Surveillance réglementaire : le respect des mises sous séquestre 25

6. Financement des opérations 26

7. Avantages conférés par la nouvelle technologie 28

IV. Questions relatives à l'insolvabilité des entreprises **31**

Première catégorie

1. Protection des salariés 32

2. Protection des pensions 35

3. Financement des « débiteurs exploitants » 37

4. Droits des fournisseurs impayés 40

5. Loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale 43

Deuxième catégorie

6. Droits contractuels 45

7. Intégration de la LFI et de la LACC 48

8. Responsabilité des administrateurs 51

9. Sanctions à l'endroit des administrateurs et des dirigeants pour conduite préjudiciable aux créanciers 55

10. Transferts inférieurs à la juste valeur et préférences 57

Troisième catégorie

11. Faillite des courtiers en valeurs mobilières 59

12. *Loi sur les liquidations et les restructurations* 61

13. Questions relatives au marché des capitaux 62

14. Responsabilité du syndic pour les obligations du nouvel employeur et les réclamations au titre des pensions 63

V. Questions relatives à l'insolvabilité des consommateurs 65

Première catégorie

1. Exemptions fédérales 66

2. Exemption des REER 69

Deuxième catégorie

3. Ententes de réaffirmation 72

4. Rationalisation de l'administration sommaire 75

5. Régime enregistré d'épargne-études 79

6. Exécution d'une garantie à l'égard des biens ménagers d'un failli 80

7. Crédit-conseil obligatoire 82

Troisième catégorie

8. Privilèges des consommateurs 85

9. Augmentation des cas d'insolvabilité des consommateurs 87

10. Prêts étudiants 91

11. Cessions de salaire 93

Appendices 95

Appendice A Modifications récentes apportées à la législation 95

Appendice B Priorité des créances 97

Appendice C Liste des mémoires 99

Glossaire 101

SOMMAIRE

INTRODUCTION Les modifications apportées en 1997 à l'article 216 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI) et à l'article 22 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) renfermaient une disposition stipulant que ces deux lois devaient être soumises à l'examen d'un comité parlementaire cinq ans après leur entrée en vigueur. Cette période de cinq ans se terminait le 25 avril 2002.

Le présent rapport sur la mise en application de la LFI et de la LACC a été préparé par Industrie Canada. Il résume les points que les intervenants ont qualifiés de préoccupants. Il ne contient toutefois aucune recommandation puisque son objectif est de présenter au Comité, aux fins de délibération et de recommandations, les enjeux et les politiques envisageables.

SURVOL Le Canada compte trois principales lois en matière d'insolvabilité : la LFI, la LACC et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, qui ne fait pas l'objet d'un examen législatif en ce moment. Chacune de ces lois vise des objectifs particuliers. La LFI est une loi générale qui prévoit diverses dispositions en cas d'insolvabilité des entreprises et d'insolvabilité personnelle. Les diverses options proposées vont de la faillite absolue pour les particuliers et les compagnies à des mesures moins extrêmes telles que les propositions de consommateurs et les réorganisations d'entreprises. La LACC s'applique aux réorganisations d'entreprises ayant une dette de plus de 5 millions de dollars. De telles réorganisations peuvent s'opérer aux termes de la partie III de la LFI ou en vertu de la LACC. Contrairement à la LFI, la LACC prévoit le recours à un processus judiciaire accordant aux juges une grande souplesse pour déterminer la meilleure façon de traiter le cas qui leur est présenté.

La législation sur l'insolvabilité actuellement en vigueur au Canada tire son origine de la *Loi sur la faillite* de 1919, qui a été révisée en profondeur en 1949 et récemment, en 1992 et 1997. La LACC a été introduite en 1933, mais son utilisation a été

sporadique jusqu'au milieu des années 1980. Depuis, on y a recours fréquemment dans les cas de réorganisations commerciales. Cette loi a également été modifiée en 1997.

Les lois ayant trait à l'insolvabilité jouent un rôle important dans l'économie canadienne. Au cours des 30 dernières années, le nombre total de dossiers de faillite traités annuellement par le Bureau du surintendant des faillites Canada (BSF) est passé de moins de 10 000 en 1971 à presque 100 000 en 2001. En 2001 seulement, les dettes des particuliers et des compagnies ayant fait faillite ou ayant déposé une proposition en vertu de la LFI se sont élevées à presque 13 milliards de dollars.

La LFI et la LACC font partie des lois-cadres du marché du Canada. Elles permettent de régir les relations commerciales auxquelles participent les particuliers et les entreprises. Ainsi, lorsqu'on examine les répercussions de ces lois, il est important de voir au-delà de la conclusion d'un dossier d'insolvabilité particulier. Les règles sur l'insolvabilité offrent une certaine protection aux investisseurs et aux prêteurs tant sur le marché du crédit commercial que sur celui du crédit à la consommation. Mais, conséquemment, elles ont une incidence sur les taux et la disponibilité du crédit. Dans le secteur commercial, la certitude et la fiabilité du système d'insolvabilité contribuent à attirer les investissements nationaux et étrangers et à promouvoir l'entrepreneurship et l'innovation. L'efficacité avec laquelle le système d'insolvabilité permet de redéployer les actifs se traduit par une amélioration de la performance économique globale. La diligence, la transparence et l'équité du processus de disposition des actifs contribuent à minimiser les préjudices à l'égard des créanciers et assurent l'intégrité des procédures en matière d'insolvabilité. Le caractère certain et fiable des règles sur l'insolvabilité améliore également l'efficience des marchés du crédit à la consommation et permet aux emprunteurs d'obtenir les fonds nécessaires à leurs besoins de consommation et d'investissement personnels à un coût raisonnable.

À une époque de concurrence accrue, il importe de déterminer en premier lieu la façon de rendre le système d'insolvabilité aussi efficace que possible pour les personnes insolvables, tout en maintenant l'équité. Dans une économie axée sur le savoir, le redéploiement rapide et fréquent des actifs des entreprises insolvables vers des entreprises nouvelles et rentables peut se révéler de plus en plus nécessaire. En règle générale, le marché réussit bien à redéployer les actifs pour en optimiser l'utilisation. Il arrive cependant que certains éléments d'actif ne soient pas redéployés de manière appropriée. En remédiant à quelques-unes de ces failles, la législation en matière de faillite peut améliorer à la fois l'efficience et l'équité en matière d'insolvabilité des entreprises.

Des inquiétudes semblables existent sur les marchés du crédit à la consommation. Les consommateurs ne possèdent pas nécessairement toute l'information requise pour prendre des décisions éclairées en matière d'emprunt, et certains éléments des marchés du crédit à la consommation peuvent souffrir de l'absence d'une vigoureuse concurrence. La législation en matière d'insolvabilité peut contribuer à solutionner ces problèmes.

QUESTIONS RELATIVES AUX POLITIQUES ADMINISTRATIVES La LFI a ordonné au BSF de superviser l'administration des actifs régis par la Loi, de conserver les registres des procédures, d'enquêter sur les plaintes et de surveiller le travail des syndics de faillite qui administrent les actifs en cas de faillite. Les modifications apportées à la LFI en 1992 et 1997 ont augmenté les responsabilités et les pouvoirs du BSF de façon substantielle.

Le BSF a cerné sept sujets de préoccupation se rapportant à l'administration du système d'insolvabilité dans son ensemble : 1) le volume important de dossiers, surtout dans les cas d'insolvabilité des consommateurs; 2) l'accès au système d'insolvabilité, qui est de plus en plus difficile pour les débiteurs ayant peu d'actifs et de faibles revenus; 3) la conformité des débiteurs, difficile à assurer compte tenu de l'augmentation du nombre de dossiers, de leur complexité accrue et de la rareté des ressources; 4) la surveillance réglementaire pour laquelle rien n'est prévu dans la LACC; 5) la surveillance réglementaire de la mise sous séquestre dans le cadre des règles de la LFI en vigueur; 6) le financement des activités du BSF, que les contraintes législatives et administratives rendent difficile; 7) la nouvelle technologie, dont l'adoption est entravée par les restrictions législatives de la LFI.

QUESTIONS RELATIVES À L'INSOLVABILITÉ DES ENTREPRISES Les questions d'ordre commercial abordées dans le présent rapport peuvent être regroupées en trois grandes catégories. La première de ces catégories comprend les questions les plus litigieuses, c.-à-d. celles qui continuent de susciter des points de vue très divergents et qui sont difficiles à résoudre. Les questions suivantes suscitent le plus de controverse : la protection des salariés et des pensions; le financement des « débiteurs exploitants »; les droits des fournisseurs impayés; l'adoption de la loi-type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'insolvabilité internationale.

La deuxième catégorie comprend les questions sur lesquelles les intervenants expriment des points de vue fort divergents. Ces divergences ne semblent pas insurmontables et peuvent probablement être éliminées à la satisfaction de tous au moyen de modifications de nature technique. Cette catégorie regroupe les questions suivantes : la mesure dans laquelle il faudrait restreindre l'exercice des droits contractuels dans les cas d'insolvabilité; l'intégration de la LFI et de la LACC; la responsabilité des administrateurs; les sanctions à l'endroit des administrateurs et des dirigeants pour conduite préjudiciable aux créanciers; les transferts inférieurs à la juste valeur et les préférences.

La troisième catégorie comprend les questions qui, au cours du processus de consultation, ont reçu un appui généralisé en faveur d'un plan d'action précis. Parmi ces questions figurent les faillites des courtiers en valeurs mobilières; la restriction de l'accès à la *Loi sur les liquidations et les restructurations* aux seules institutions financières insolvables;

l'enjeu lié au marché des capitaux, à savoir si les commissions des valeurs mobilières et les bourses devraient être exemptées des suspensions de procédures prévues aux termes de la LFI et de la LACC; la protection à accorder aux syndics au chapitre de la responsabilité personnelle en tant que nouveaux employeurs.

Le présent rapport fait état des résultats de ces consultations portant sur les questions relatives à l'insolvabilité des entreprises. Ces consultations ont fait l'objet de séances qui se sont tenues partout au Canada et auxquelles ont participé plus de 200 intervenants. Avant la tenue de ces consultations, Industrie Canada avait distribué trois documents de travail; depuis, le Ministère a reçu des commentaires à l'égard des questions soulevées dans les documents. Ces commentaires ont pris la forme d'observations écrites et d'observations verbales exprimées lors des séances de consultation proprement dites. Les séances de consultation ont suscité la participation de petites et de grandes entreprises, d'universitaires, d'avocats, de juges, de représentants d'institutions financières et de l'industrie du crédit, de représentants des travailleurs et de divers organismes des gouvernements fédéral et provinciaux.

QUESTIONS RELATIVES À L'INSOLVABILITÉ DES CONSOMMATEURS Les questions relatives à l'insolvabilité des consommateurs ont fait l'objet d'un examen semblable à celui qui a été fait sur les questions commerciales. Un document de travail sur diverses questions et options a été produit en mai 2002 et affiché sur le site Web d'Industrie Canada afin d'alimenter le débat. Des consultations publiques ont ensuite eu lieu au cours du printemps 2002. Quelque 250 intervenants de divers milieux ont participé à ce processus.

Les questions relatives à l'insolvabilité des consommateurs ont également été soumises à l'examen du Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle, un groupe d'experts indépendant mis sur pied par le BSF et constitué de membres des différents groupes d'intervenants. L'ébauche de rapport du Groupe de travail a été prise en considération par le Ministère lors de la rédaction du document de travail.

Les questions relatives aux consommateurs dont traite ce rapport ont par ailleurs été regroupées suivant le niveau de consensus des intervenants. La première catégorie — les plus litigieuses — comprend les exemptions fédérales et la possibilité d'accorder une exemption aux REER.

La deuxième catégorie englobe les questions faisant l'objet d'un assez bon consensus de principe dont on doit préciser les aspects techniques. Ce groupe comprend les ententes de réaffirmation, la rationalisation de l'administration sommaire, l'exemption des régimes enregistrés d'épargne-études (REEE), l'exécution d'une garantie à l'égard des biens ménagers d'un failli et le crédit-conseil obligatoire.

La dernière catégorie comprend les questions ayant fait l'objet d'un fort consensus, questions sur lesquelles aucune opposition ne s'est manifestée durant les consultations. Ces questions comprennent les privilèges des consommateurs, l'augmentation des cas d'insolvabilité des consommateurs, les prêts étudiants et les cessions de salaire.

Le gouvernement du Canada a la ferme intention de veiller à ce que les lois et règlements canadiens demeurent parmi les plus modernes et les plus progressifs du monde. Industrie Canada accueillerait favorablement toutes les instructions et recommandations que le Comité pourrait lui présenter.

I. INTRODUCTION

Le Canada compte trois lois principales en matière d'insolvabilité : la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI), la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*. Chacune de ces lois vise des objectifs distincts. Les modifications apportées en 1997 à l'article 216 de la LFI et à l'article 22 de la LACC renferment une disposition stipulant que ces deux lois doivent être soumises à l'examen d'un comité du Parlement cinq ans après leur entrée en vigueur. Cette période de cinq ans se terminait le 25 avril 2002. Présentement, la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, principalement utilisée par les institutions financières et les organismes sans but lucratif, ne fait pas l'objet d'un examen obligatoire.

Il ne faut pas sous-estimer l'importance de ces lois et de toute réforme éventuelle. En fait, le système d'insolvabilité du Canada jouit d'une très bonne cote. Il est fréquemment cité en exemple par les groupes d'experts internationaux sur l'insolvabilité, telle la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), et notre cadre législatif compte parmi les trois seuls systèmes juridiques figurant sur le site Web de la Banque mondiale. En effet, la Banque mondiale décrit le système canadien tel « un régime juridique multinational en matière d'insolvabilité qui est unique au Canada et qui est axé sur la collaboration et la coordination » [traduction].

Compte tenu du respect que suscitent, sur la scène internationale, le système d'insolvabilité du Canada et la législation en la matière ainsi que du grand rôle qu'ils jouent sur le plan économique, il est important que les lois continuent de refléter la volonté du gouvernement du Canada qui est de veiller à ce que les lois et règlements demeurent parmi les plus modernes et les plus progressifs du monde[1]. Le Comité assume un rôle considérable dans l'atteinte de cet objectif et Industrie Canada accueillerait favorablement toutes les instructions et recommandations que le Comité pourrait lui présenter.

1. Extrait du discours du Trône du 30 janvier 2001.

Bien que la LACC ait été modifiée en 1997 et que la LFI l'ait été en 1992 et en 1997, les modifications n'avaient rien d'exhaustif. Certaines questions sont demeurées en

suspens alors que d'autres sont apparues depuis. Le présent rapport répartit ces questions sous trois rubriques :

1. les questions relatives aux politiques administratives;

2. les questions relatives à l'insolvabilité des entreprises;

3. les questions relatives à l'insolvabilité des consommateurs.

La rubrique traitant des questions relatives aux politiques administratives met en évidence des obstacles de nature procédurale soulevés par les participants au cours de diverses réunions, y compris les forums nationaux sur l'insolvabilité. Certaines de ces questions avaient trait aux mécanismes dont aurait besoin le BSF pour administrer le système de façon efficace, tandis que d'autres concernaient les difficultés auxquelles font face les intervenants et qui peuvent être atténuées ou simplifiées.

Les questions relatives à l'insolvabilité des entreprises peuvent être regroupées en trois grandes catégories. La première de ces catégories comprend les questions les plus litigieuses, c.-à-d. celles qui continuent de susciter des points de vue très divergents et qui sont difficiles à résoudre. Ces questions ont trait à ce qui suit : la protection des salariés et des pensions, le financement des « débiteurs exploitants », les droits des fournisseurs impayés et l'adoption de la loi-type de la CNUDCI. La deuxième catégorie comprend les questions pour lesquelles les intervenants expriment des points de vue comportant des divergences importantes. Ces différences ne semblent toutefois pas insurmontables. La dernière catégorie regroupe les questions qui ont reçu un appui généralisé en faveur d'un plan d'action précis.

La partie de ce rapport qui traite des questions commerciales est le fruit de consultations soutenues menées auprès de divers intervenants, des réactions provoquées en réponse aux trois documents de travail et des réunions qui se sont tenues dans tout le pays et auxquelles ont pris part plus de 200 participants. Les intervenants suivants ont fait part de leurs commentaires à Industrie Canada : les petites et les grandes entreprises, les universitaires, les avocats, les juges, les représentants d'institutions financières et de l'industrie du crédit, les représentants des travailleurs et de divers organismes des gouvernements fédéral et provinciaux. Industrie Canada est reconnaissante envers tous ceux et toutes celles qui ont participé au processus.

Le même processus de consultation a eu lieu à l'égard des questions relatives à l'insolvabilité des consommateurs. Quelque 250 intervenants ont participé à cette consultation. Les questions relatives à l'insolvabilité des consommateurs ont également été soumises à l'examen du Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle (Groupe de travail), groupe d'experts indépendant mis sur pied par le BSF et constitué de membres des divers groupes d'intervenants. L'ébauche du rapport du Groupe de travail a été prise en considération par Industrie Canada lors de la rédaction du document de travail.

Les questions relatives aux consommateurs ont par ailleurs été regroupées suivant le niveau de consensus des intervenants. Les questions n'ayant recueilli aucun consensus ont trait aux exemptions fédérales et à la possibilité d'accorder une exemption aux REER. Les questions ayant suscité des divergences d'opinion surmontables portent sur les ententes de réaffirmation, la rationalisation de l'administration sommaire, l'exemption accordée aux régimes enregistrés d'épargne-études (REEE), l'exécution d'une garantie à l'égard des biens ménagers d'un failli et le crédit-conseil obligatoire. La dernière catégorie, constituée des questions ayant obtenu un fort consensus des intervenants, comprend les privilèges des consommateurs, l'augmentation des cas d'insolvabilité des consommateurs, les prêts étudiants et les cessions de salaire.

II. SURVOL

1. CONTEXTE

La Loi sur la faillite et l'insolvabilité *(LFI)*

La LFI est une loi générale qui traite à la fois de l'insolvabilité des entreprises et de l'insolvabilité personnelle. Elle prévoit diverses options allant de la faillite absolue pour les particuliers et les compagnies à des mesures moins extrêmes telles que les propositions de consommateurs et les réorganisations d'entreprises. Ces options visent à refléter la gravité des difficultés financières qu'éprouvent les débiteurs et à offrir une certaine protection aux créanciers.

Lorsqu'il n'existe plus d'espoir de redresser la situation financière d'une personne ou d'une compagnie insolvable, la faillite constitue un moyen de liquider les actifs du débiteur au profit des créanciers, d'offrir un nouveau départ au débiteur et de faire fructifier à nouveau les actifs dans un milieu plus rentable. Lorsqu'un redressement de la situation du débiteur est possible, la LFI fournit aux consommateurs et aux compagnies de toute taille les outils pour présenter une proposition à leurs créanciers en vue de restructurer leur dette. Ces outils sont connus sous le nom de « proposition de consommateurs » pour ce qui est des consommateurs et de « réorganisation » pour ce qui est des compagnies. Les propositions et les restructurations se traduisent habituellement par un meilleur recouvrement pour les créanciers tout en permettant au particulier ou à l'entreprise de poursuivre ses activités et de redresser sa situation. Dans les cas de faillite comme dans ceux de réorganisation, la LFI offre un système structuré et garantit un résultat relativement prévisible et logique.

La Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies *(LACC)*

La LACC s'applique uniquement aux réorganisations d'entreprises ayant une dette de plus de 5 millions de dollars. De telles réorganisations peuvent s'opérer soit aux termes de la partie III de la LFI ou soit en vertu de la LACC. Contrairement à la LFI, la LACC prévoit le recours à un processus judiciaire accordant aux juges une grande souplesse pour déterminer la meilleure façon de traiter le dossier qui leur est présenté. En

matière de réorganisation, la LACC offre un cadre général tandis que la LFI comprend des règles précises.

L'anticipation d'un meilleur recouvrement pour les créanciers, la poursuite rentable des activités de la compagnie et le maintien des emplois constituent les avantages d'une réorganisation réussie par rapport à une faillite. En cas d'échec, la réorganisation est généralement suivie par la faillite de l'entreprise.

2. HISTORIQUE

La législation sur l'insolvabilité actuellement en vigueur au Canada tire son origine de la *Loi sur la faillite* de 1919, qui a été révisée en profondeur en 1949 et récemment, en 1992 et en 1997. La LACC a été introduite en 1933, mais ce n'est que depuis le milieu des années 1980 qu'elle s'est révélée un moyen populaire de réorganisation commerciale. Cette loi a également été modifiée en 1997 (voir les détails à l'appendice A).

Même si la LFI renferme des dispositions en matière de réorganisation, seules les entreprises ayant fait faillite pouvaient recourir à ces dispositions au moment où la LACC a été introduite. La LACC constituait alors une solution de rechange pour les compagnies insolvables qui n'étaient pas encore en faillite. Cette distinction n'existe plus aujourd'hui. La seule différence notable qui existe eu égard au recours à ces deux lois tient au fait que pour instituer une procédure aux termes de la LACC, les entreprises débitrices doivent avoir au moins 5 millions de dollars de dettes.

Les modifications apportées en 1992 étaient axées sur les éléments suivants :

- la maximisation de la valeur grâce à la restructuration et au redressement;
- l'amélioration de la distribution équitable parmi les fournisseurs et les employés;
- l'application améliorée de la LFI.

Les modifications de 1997 ont donné lieu à ce qui suit :

- elles ont favorisé la responsabilité des débiteurs consommateurs;
- elles ont amélioré les dispositions en matière de réorganisation;
- elles ont renforcé l'application des deux lois, notamment en ce qui concerne l'administration des faillites des courtiers en valeurs mobilières et des cas d'insolvabilité internationale.

Même si elles étaient importantes, ces modifications n'étaient pas exhaustives. L'intention du législateur était alors de modifier la loi progressivement et de donner suite aux préoccupations soulevées en se fondant à la fois sur les priorités du moment et sur la capacité de trouver un moyen de corriger des problèmes précis. La résolution des problèmes est particulièrement difficile lorsqu'il s'agit de légiférer en matière

d'insolvabilité, puisque le nœud du problème est un manque d'argent. Toute tentative visant l'amélioration de la situation d'un créancier donné se fait au détriment d'un autre créancier. Dans de telles circonstances, il est particulièrement difficile d'atteindre un juste équilibre et d'être équitable envers les diverses parties en cause.

3. CONSÉQUENCES SUR LE PLAN ÉCONOMIQUE

La LFI et la LACC font partie des lois-cadres du marché du Canada. Elles permettent de régir les relations commerciales auxquelles participent les particuliers et les entreprises. Ainsi, lorsqu'on examine les répercussions de ces lois, il importe de voir au-delà de la conclusion d'un dossier d'insolvabilité particulier.

Depuis 1992, le niveau d'endettement total lié aux cas d'insolvabilité des consommateurs correspond approximativement, en moyenne, à 0,5 p. 100 du produit intérieur brut (PIB) du Canada[2]. À la fin de la récession de 1992, les dettes liées aux cas d'insolvabilité des entreprises s'élevaient à 1,2 p. 100 du PIB. Ce taux a par la suite baissé à 0,5 p. 100 du PIB en 1999, avant de remonter à 0,8 p. 100 du PIB en 2001.

2. Base de données du BSF.

Les règles régissant la faillite et la réorganisation offrent une certaine protection aux investisseurs et aux prêteurs tant sur le marché du crédit commercial que sur celui du crédit à la consommation, mais conséquemment, elles ont une incidence sur les taux et la disponibilité du crédit pour les entreprises et les particuliers qui désirent emprunter. Dans le secteur commercial, la certitude et la fiabilité du système d'insolvabilité permettent d'attirer plus facilement les investissements nationaux et étrangers et à promouvoir l'entrepreneurship et l'innovation. L'efficacité avec laquelle le système d'insolvabilité permet de redéployer les actifs se traduit par une amélioration de la performance économique globale. La rapidité, la transparence et l'équité du processus de disposition des actifs contribuent à minimiser les préjudices à l'égard des créanciers et assurent l'intégrité des procédures. Le caractère certain et fiable des règles sur l'insolvabilité améliore également l'efficience des marchés du crédit à la consommation et permet ainsi aux emprunteurs d'obtenir les fonds nécessaires à leurs besoins d'investissement et de consommation personnels à un coût raisonnable.

Habituellement, la faillite est perçue de façon négative, comme un échec. L'effet est ressenti par toutes les personnes associées à l'entreprise ou à la personne touchée. Les employés perdent leur emploi et demeurent souvent impayés, les fournisseurs absorbent une perte, les prêteurs peuvent ne pas recouvrer la totalité du montant qui leur est dû et les pertes subies peuvent constituer un risque de faillite pour certains. La survie de petites collectivités peut même être mise en péril. Lorsqu'elles sont fructueuses, les réorganisations permettent d'atténuer en partie ces effets malgré les pertes.

La faillite d'un consommateur a des répercussions moins importantes sur l'ensemble de la collectivité, mais elle impose de sérieuses contraintes financières au failli et à sa

famille. Le nouveau départ offert par la législation en matière d'insolvabilité constitue un filet de sécurité appréciable pour les consommateurs-emprunteurs.

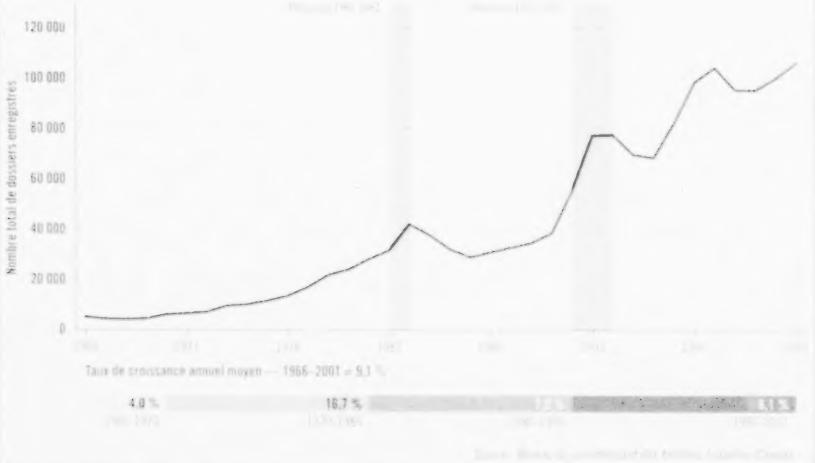
À une époque de concurrence accrue, il importe de déterminer en premier lieu la façon de rendre le système d'insolvabilité aussi efficace que possible pour les consommateurs insolvables, tout en maintenant l'équité. Dans une économie axée sur le savoir, le redéploiement rapide des actifs vers des entreprises nouvelles et rentables peut se révéler de plus en plus nécessaire. Certes, les impératifs économiques d'ordre général comptent, mais il est essentiel de ne pas perdre de vue les consommateurs et les entreprises touchés par ces événements, qui doivent être traités de façon équitable.

Il peut parfois arriver que le marché ne tienne pas compte de certains effets secondaires liés à une faillite commerciale. Ces effets secondaires, ou effets externes, comprennent des éléments tels l'impact du redéploiement géographique des actifs ainsi que les retombées sur les autres entreprises et la collectivité. Les créanciers, qui sont particulièrement sensibles aux risques, peuvent avoir tendance à agir rapidement et à saisir les actifs cédés en garantie, poussant ainsi l'entreprise vers une faillite que l'on aurait peut-être pu éviter autrement. La législation en matière d'insolvabilité prévoit diverses règles visant à réduire certains de ces obstacles à un marché efficace.

Dans de nombreux cas, il est préférable d'éviter la faillite en ayant recours aux réorganisations commerciales ou aux propositions de consommateurs. Lorsqu'il est improbable qu'une réorganisation ou qu'une proposition réussisse et que le recours à la faillite s'avère la seule solution raisonnable, le système d'insolvabilité doit avoir comme objectif, entre autres, de faire en sorte que l'aliénation des actifs se fasse de façon équitable, efficiente et prévisible, tout en minimisant les préjudices subis par les divers intervenants.

3. Le nombre total de dossiers déposés par les consommateurs et les entreprises, de propositions en vertu des sections I et II depuis 1993 ainsi que des propositions en vigueur avant 1993. La section I a trait aux réorganisations commerciales tandis que la section II concerne les propositions de consommateurs.
4. Faillites de consommateurs et propositions en vertu de la section II.

Figure 1
Nombre total de dossiers enregistrés, Canada 1966-2001



4. TENDANCES EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ

Au cours des 35 dernières années, le nombre total de dossiers[3] déposés auprès du BSF a augmenté de 9,1 p. 100 en moyenne par année (voir la figure 1). Ce taux de croissance a toutefois connu un ralentissement au cours des décennies : il était de 16,7 p. 100 pendant les années 1970, de 7,0 p. 100 au cours des années 1980 et de 6,1 p. 100 entre 1990 et 2001.

Entre 1966 et 2001, la croissance du nombre de dossiers déposés[4]

(11,7 p. 100, voir la figure 2) par les consommateurs a été supérieure à celle des dossiers déposés par les entreprises[5] (4,3 p. 100, voir la figure 3). À l'instar de l'ensemble des faillites, la croissance du nombre de dépôts effectués par les consommateurs et les entreprises a ralenti depuis 1980. En 1993, les propositions ont été réparties en deux catégories distinctes : les propositions d'entreprises (aux termes de la section I) et les propositions de consommateurs (aux termes de la section II). Depuis 1993, le taux de croissance annuel moyen du nombre de propositions d'entreprises et de propositions de consommateurs a été de 19,4 p. 100 et de 28,3 p. 100 respectivement. Au cours de la même période, le taux de croissance annuel moyen du nombre de dossiers de faillite de consommateurs déposés a été de 4,8 p. 100, alors que le nombre de dossiers de faillite commerciale a diminué de 2,3 p. 100 en moyenne par année.

Les zones ombrées des figures 1, 2 et 3 correspondent aux périodes de ralentissement économique du début des années 1980 et 1990. Au cours de ces deux périodes, le nombre de dossiers déposés a augmenté. Les périodes de reprise économique qui ont suivi ces périodes ont compensé pour ces augmentations. Il semble donc évident que les fluctuations de l'activité économique influent temporairement sur le nombre de dossiers déposés. Des facteurs structurels tels la croissance de la population, le nombre d'entreprises et le nombre de travailleurs autonomes peuvent expliquer en partie l'augmentation du nombre de dossiers déposés. Depuis 1980, par exemple, la population a crû de 33 p. 100, tandis que le nombre de cas d'insolvabilité des consommateurs a augmenté de 403 p. 100. Par ailleurs, l'augmentation au chapitre du taux d'endettement[6], qui est passé de 61 p. 100 en 1984 à 95 p. 100 en 2001, peut également expliquer en partie l'augmentation du nombre de dossiers déposés par les consommateurs.

5. Faillites de compagnies, propositions en vertu de la section I et propositions antérieures à 1993.
6. Ce ratio est égal à la somme du crédit à la consommation et du crédit hypothécaire divisée par le revenu personnel disponible.

Figure 2
Nombre de faillites et de propositions de consommateurs, Canada 1966-2001

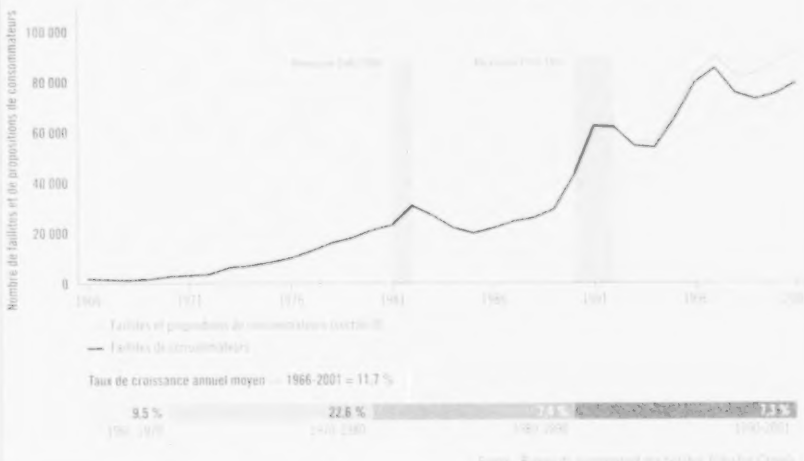


Figure 3
Nombre de faillites et de propositions d'affaires, Canada 1966-2001

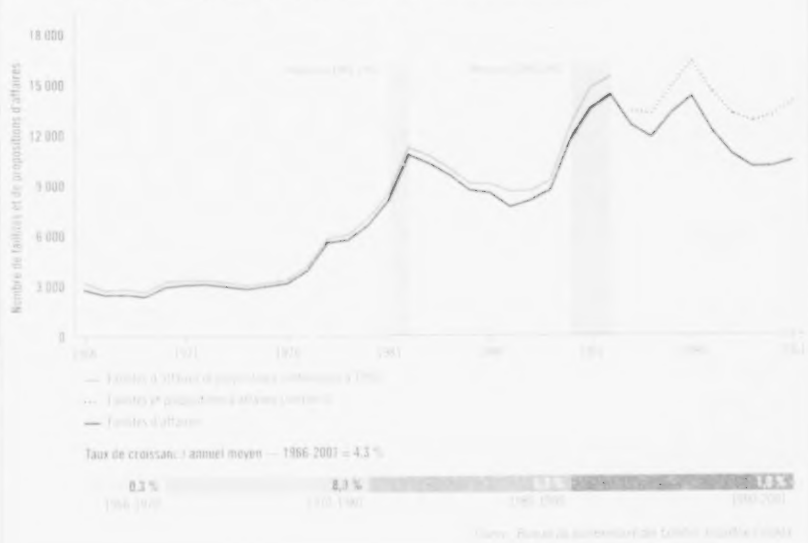
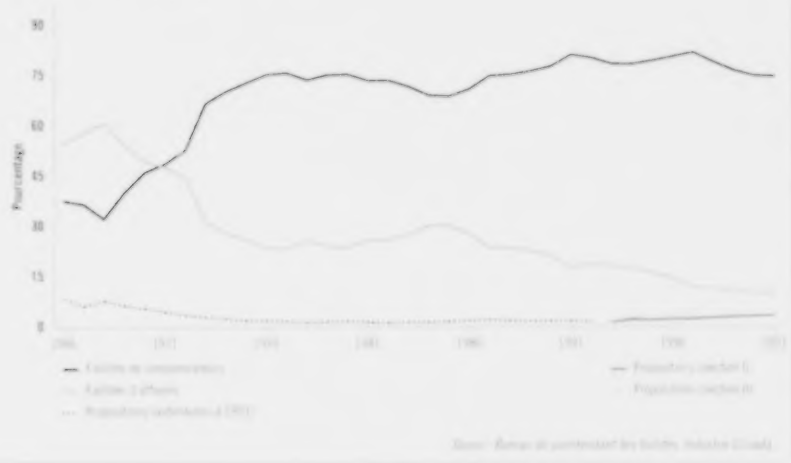


Figure 4
Distribution des faillites et des propositions d'affaires et de consommateurs, Canada 1966-2001



Depuis 1971, la majorité des dossiers déposés auprès du BSF ont trait aux faillites de consommateurs plutôt qu'à des faillites commerciales (voir la figure 4). Depuis 1976, près de 70 p. 100 à 80 p. 100 des dossiers déposés auprès du BSF ont trait aux faillites de consommateurs.

III. QUESTIONS RELATIVES AUX POLITIQUES ADMINISTRATIVES

La LFI confère au surintendant des faillites le mandat de « contrôler l'administration des actifs et des affaires régis par la présente loi ». La LFI confère au surintendant la supervision de l'administration des actifs en cas de faillite, des réorganisations commerciales, des propositions de consommateurs et des mises sous séquestre. Le surintendant doit tenir à la disposition du public un registre des procédures engagées en matière d'insolvabilité (plus de 100 000 nouveaux dossiers sont déposés chaque année) et un registre des plaintes des créanciers, des débiteurs et des membres du public, et doit mener les investigations, le cas échéant. Le surintendant délivre les licences et supervise les quelque 900 syndics du secteur privé. Il établit et met en œuvre des normes professionnelles sur l'administration des actifs en vue de maintenir l'intégrité du système d'insolvabilité canadien.

Le BSF compte trois grands secteurs d'activité. Premièrement, il doit assurer un système d'insolvabilité qui fonctionne bien et qui est appuyé par un cadre de réglementation efficace. Deuxièmement, il doit assurer le respect de la législation en matière d'insolvabilité en dissuadant les fraudes et les infractions et en incitant les intervenants à s'y conformer. Il doit en dernier lieu fournir l'infrastructure administrative requise en vertu de la LFI.

Le cadre législatif du BSF a évolué au fil des changements survenus sur les plans économique, social et politique. Au cours des 10 dernières années, la LFI a fait l'objet de deux révisions importantes. L'élargissement du mandat du BSF découle de ces révisions. La première de ces révisions, effectuée en 1992, élargissait et clarifiait les pouvoirs conférés au surintendant des faillites pour y inclure :

- la publication des instructions nécessaires pour donner suite à toute décision rendue en vertu de la LFI et stipuler que les personnes à qui s'adressent ces instructions sont tenues de s'y conformer;
- la compétence sur tous les aspects de l'émission de licences aux syndics;

- le pouvoir d'exiger du syndic qu'il présente son état des recettes et des débours au tribunal pour fins de taxation;
- la compétence pour superviser les mises sous séquestre.

La deuxième révision a été effectuée en 1997. Bien qu'elle ait été plus modeste que la première, elle a également élargi le rôle du surintendant :

- elle précisait la compétence du surintendant à l'égard de certains aspects de l'émission de licences;
- elle exigeait du surintendant, par le truchement d'instructions, qu'il élabore les normes servant à déterminer le revenu excédentaire;
- elle exigeait qu'un service de médiation soit mis en place pour entendre les différends entre le débiteur et ses créanciers au regard de la portion des revenus du débiteur devant leur être versée.

À la suite des commentaires reçus et des diverses séances de consultation tenues auprès des intervenants, y compris les séances du Forum national sur l'insolvabilité qui ont eu lieu à l'échelle du pays en 1999, le surintendant a cerné sept volets qui tireraient avantage d'un examen.

1. VOLUME DES DOSSIERS D'INSOLVABILITÉ

Problématique

La croissance continue du nombre de dossiers d'insolvabilité au cours des 35 dernières années a suscité des inquiétudes au sujet des facteurs qui ont provoqué cette croissance. On peut ici se demander s'il y aurait lieu de mettre en place des mesures préventives afin d'arrêter la tendance à la hausse du volume des dossiers d'insolvabilité et d'inciter les débiteurs à adopter de meilleures pratiques en matière de gestion du crédit afin de réduire les risques d'insolvabilité.

Contexte

Au cours des 35 dernières années, le nombre total de dossiers d'insolvabilité déposés a augmenté de tout juste un peu plus de 9 p. 100 en moyenne par année. En 2001, les dettes des entreprises faisant l'objet d'une procédure en vertu de la loi s'élevaient à 7,8 milliards de dollars tandis que celles des consommateurs se chiffraient à 5,1 milliards de dollars. Compte tenu du taux d'endettement noté dans la population canadienne, tout porte à croire que le nombre de cas d'insolvabilité continuera d'augmenter au cours des prochaines années.

Les causes de l'insolvabilité sont multiples, et chaque cas en renferme habituellement plus d'une. Il faut toutefois établir une distinction entre les cas d'insolvabilité des entreprises et les cas d'insolvabilité des consommateurs. Même si le milieu dans lequel se trouve une entreprise influe également sur les cas d'insolvabilité des entreprises, il semble évident que le volume des dossiers est directement lié au contexte économique. En réalité, la faiblesse des échanges commerciaux et de l'activité économique peut facilement provoquer l'insolvabilité d'une entreprise donnée.

En revanche, les causes de l'insolvabilité des consommateurs débordent le cadre du contexte économique. Certaines causes sont de nature purement financière alors que d'autres sont liées au contexte familial ou social ou simplement à la conduite de la personne insolvable. Le chômage, les événements fortuits, le style de vie, l'âge, le profil démographique, le crédit et les taux d'intérêt sont autant de facteurs qui influent fortement sur le nombre de cas d'insolvabilité des consommateurs. Sous le seul angle du crédit, le nombre et la diversité des produits financiers ainsi que leur complexité accrue et leur relative accessibilité contribuent à accroître les risques d'endettement des utilisateurs.

Les gouvernements fédéral et provinciaux ainsi que les organismes de planification financière privés offrent déjà des programmes et des services conçus pour prévenir l'insolvabilité. La révision de 1992 a donné lieu à certaines mesures telles l'obligation d'offrir au débiteur consommateur un service de consultation et l'instauration d'un nouveau processus de proposition pour le règlement des dettes. Ces mesures visent à solutionner certains des problèmes découlant des dettes endémiques, notamment en offrant un enseignement sur la saine gestion du crédit ou en privilégiant un règlement consensuel des dettes qui soit simple, efficace et à la satisfaction des débiteurs et de leurs créanciers.

La révision de 1997 a introduit les notions de revenu excédentaire et de médiation, clarifiant ainsi le fait que les débiteurs qui sont en mesure de dégager un tel revenu doivent verser une partie de leurs revenus à l'ensemble de leurs créanciers. Cette démarche est assujettie à un processus de médiation en cas de désaccord sur les montants à verser.

Il faut reconnaître que ces mesures ne s'appliquent que lorsque le consommateur est déjà insolvable. La question est de savoir si d'autres mesures préventives devraient être mises en place afin d'arrêter la tendance à la hausse des dossiers d'insolvabilité et d'inciter les débiteurs à adopter de meilleures pratiques de gestion du crédit afin de réduire les risques d'insolvabilité. Présentement, le BSF intervient seulement après que l'on a constaté qu'une situation d'insolvabilité s'est produite. Plusieurs intervenants — des créanciers, des associations de consommateurs, des praticiens en insolvabilité et des

conseillers en crédit — ont réclamé des efforts plus soutenus et concertés en matière d'éducation et de prévention.

Points à considérer

Il n'est pas facile de maîtriser les facteurs sociaux et économiques qui favorisent l'insolvabilité. On peut aisément envisager une situation où le BSF pourrait gérer un nombre croissant de dossiers grâce aux innovations technologiques, mais où la croissance soutenue du nombre de dossiers exploiterait jusqu'à la limite sa capacité de détecter les abus et d'y mettre fin. Si une telle situation se produisait, les prêteurs et les investisseurs pourraient perdre confiance, ce qui pourrait provoquer une augmentation du coût du crédit et restreindre les produits financiers offerts à l'ensemble des Canadiens.

En favorisant l'accès aux services de conseillers en crédit en temps opportun et en accordant une plus grande attention à l'éducation en gestion financière, on améliorerait de façon importante tout programme axé sur la réduction de l'endettement excessif. Les études menées à ce jour révèlent que les services de conseillers sont de plus en plus appréciés par les conseillers autorisés et par les utilisateurs. Bon nombre d'entre eux déplorent cependant que ces services ne puissent être offerts plus souvent et qu'on ne puisse y recourir avant que ne se présente une situation de faillite ou d'insolvabilité.

2. ACCÈS AU SYSTÈME D'INSOLVABILITÉ

Problématique

L'accès des débiteurs au régime d'insolvabilité canadien est de plus en plus difficile, car les débiteurs légitimes à faible revenu pourraient ne pas être en mesure d'assumer les coûts associés à la faillite.

Contexte

L'administration des actifs dans le cadre d'un système d'insolvabilité est assurée par les syndics qui, en règle générale, travaillent de façon indépendante ou en association avec des cabinets d'experts-comptables. La LFI stipule que les syndics ont le droit d'imposer des frais pour les services qu'ils rendent. Ces frais doivent être payés à même les fonds générés par les actifs. Selon le genre de dossier, les frais administratifs sont déterminés par les créanciers ou suivant un tarif fondé sur un pourcentage de la valeur totale des actifs réalisés.

Les syndics ne sont pas tenus d'assumer les fonctions de syndic relativement à quelque dossier que ce soit; toutefois, dès qu'ils acceptent leur nomination à ce titre, ils doivent exercer leurs fonctions jusqu'à ce qu'ils aient été libérés ou qu'un autre syndic ait été nommé à leur place. Pour cette raison, si un syndic estime qu'il peut s'avérer difficile de percevoir les frais en question, celui-ci peut être enclin à exiger une avance ou une

sûreté avant d'accepter de s'occuper d'un dossier donné. Une telle démarche entrave l'accès au régime pour les débiteurs à faible revenu qui désirent se prévaloir des dispositions de la LFI.

Les revenus des débiteurs insolvables ne sont pas suffisants pour couvrir l'ensemble de leurs dettes. Dans la plupart des cas, les revenus des débiteurs suffisent à peine à payer leurs frais de subsistance. Environ 80 p. 100 des consommateurs ayant fait faillite en 2001 n'avaient aucun revenu excédentaire, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent verser une portion de leur revenu mensuel à l'actif de la faillite au profit de l'ensemble des créanciers. La situation est encore plus critique lorsque les revenus n'arrivent pas à combler les besoins fondamentaux de la famille. Les débiteurs faisant face à de telles situations peuvent ne pas avoir accès au processus d'insolvabilité puisqu'ils sont incapables d'en payer les frais administratifs. Pour remédier à cette situation, le BSF a mis sur pied le Programme d'accès à la faillite. Ce programme repose sur la participation volontaire des syndics qui ont convenu de fournir gratuitement des services aux débiteurs qui ne sont pas en mesure de s'assurer les services d'un syndic.

Par ailleurs, les actifs qui seront réalisés ou distribués sont déterminés par la Loi, qui stipule expressément que certains des actifs du débiteur ne peuvent faire partie des actifs pouvant être distribués aux créanciers. Il peut s'agir des biens insaisissables en vertu de la législation provinciale. Le syndic ne peut exercer de contrôle sur ces biens et ne peut les saisir. Les créanciers ne peuvent tirer profit de la vente de ces biens et leur valeur ne peut être prise en compte lors de la détermination des frais du syndic. En conséquence, toute réduction de l'ensemble des actifs saisissables a une incidence directe sur les montants pouvant être réalisés et, par le fait même, sur les montants disponibles pour couvrir les frais administratifs du syndic.

Au cours des 10 dernières années, la législation, les mesures administratives et les décisions judiciaires ont toutes contribué à réduire la taille de cet ensemble d'actifs. Les versements du crédit pour la TPS et les paiements relatifs à l'allocation pour frais de chauffage constituent des exemples de paiements qui ne peuvent (jusqu'à un certain point) faire partie de la valeur totale des actifs servant à la détermination des frais administratifs. Les législatures provinciales ont augmenté la valeur des biens insaisissables. Par ailleurs, certains tribunaux ont rendu des décisions empêchant les syndics de percevoir certains montants auprès de débiteurs libérés, et ce même si les débiteurs avaient accepté au départ de verser ces montants. Ces décisions ont eu pour effet de réduire les frais du syndic d'un montant équivalent.

En ce moment, environ 50 p. 100 des dossiers ne génèrent pas suffisamment de fonds pour justifier une distribution aux créanciers. De plus, dans 13 p. 100 des cas, les fonds recouvrés sont inférieurs à 1 000 $, ce qui ne suffit généralement pas à payer les

frais administratifs. Il en résulte ainsi un obstacle supplémentaire aux efforts visant à assurer l'accessibilité au processus d'insolvabilité.

Points à considérer

La réponse à cette question est importante, car elle pourrait en fin de compte restreindre le recours aux dispositions de la Loi aux seules personnes qui sont en mesure de payer les frais administratifs. Paradoxalement, pour les personnes le plus dans le besoin, celles-là même pour qui le processus d'insolvabilité constitue une véritable bouée de sauvetage, les considérations purement monétaires peuvent constituer un obstacle important. De plus, cette situation a tendance à dissuader les syndics de prendre part au Programme d'accès à la faillite, restreignant encore davantage l'accès au système d'insolvabilité pour les débiteurs à faible revenu. En fait, on a observé dans certaines parties du pays une baisse de la participation des syndics au Programme d'accès à la faillite.

Dans ce contexte, devrait-on redéfinir le concept d'accès universel au régime de la faillite au moyen de nouvelles mesures ou devrait-on plutôt cesser de considérer cet accès comme un droit?

3. PROGRAMME DE CONFORMITÉ DES DÉBITEURS

Problématique

Il est essentiel de mettre en place un programme efficace permettant d'assurer la conformité des débiteurs afin d'éliminer les cas d'abus et de maintenir la confiance du public. L'accroissement du volume de dossiers, conjugué à l'intensification de la complexité des cas et à la rareté des ressources, mine l'efficacité des programmes en vigueur.

Contexte

Les participants aux forums nationaux sur l'insolvabilité qui ont eu lieu en 1999 ont indiqué que la question de la conformité des débiteurs était un sujet qui les préoccupait beaucoup. Le BSF utilise un certain nombre de méthodes afin de démasquer et d'éliminer les abus. Il travaille en étroite collaboration avec la Gendarmerie royale du Canada (GRC), à qui il confie la tâche de mener des enquêtes criminelles. Il faut cependant admettre que l'augmentation du volume de dossiers a pour conséquence de réduire le nombre de dossiers pouvant faire partie d'un échantillon aux fins d'enquête, ce qui du même coup accroît les risques d'abus non contrôlés.

Le recours aux services de la GRC et la capacité de celle-ci de mener des enquêtes provenant du BSF sont de plus en plus restreints par les réductions d'effectifs policiers affectés aux crimes économiques. Ce phénomène a réduit le nombre de dossiers

confiés à la GRC au fil des ans et prolonge indûment les délais dans les dossiers assignés en bonne et due forme.

L'affectation de ressources policières aux enquêtes en matière de faillite est de plus en plus sporadique. Les personnes assignées aux dossiers d'insolvabilité sont régulièrement et soudainement réaffectées à d'autres tâches n'ayant aucun lien avec l'insolvabilité, ce qui occasionne des délais excessifs et nuit au processus de cueillette des éléments de preuve.

Points à considérer

L'affectation de ressources insuffisantes aux enquêtes peut amener plusieurs personnes à croire que l'on peut commettre des infractions en toute impunité et perpétuer l'idée selon laquelle une personne peut planifier une faillite frauduleuse sans encourir de risques sérieux.

En outre, le mécanisme d'enquête en matière de crime économique est lourd, complexe, long et onéreux. Lorsqu'une enquête est lancée, il faut interroger certaines personnes, utiliser les deniers publics, tenir des réunions mixtes entre le BSF et la GRC et assigner des procureurs de la Couronne au dossier en cause. La complexité de ces enquêtes, faisant appel à des ressources multidisciplinaires, exige un degré élevé de collaboration entre les différentes autorités. Par conséquent, il pourrait être pertinent de mettre à jour la partie de la LFI qui traite des infractions et de l'examiner afin de déterminer s'il vaudrait mieux traiter certaines d'entre elles par voie de recours civils ou administratifs, ou les deux, plutôt que de recourir à des procédures pénales.

Encore une fois, l'absence d'un programme de conformité efficace pourrait rapidement donner l'impression qu'une personne peut planifier une faillite frauduleuse sans encourir de risques sérieux. Une telle situation pourrait effriter la confiance des prêteurs et des investisseurs, ce qui pourrait donner lieu à l'augmentation du coût du crédit et à la réduction des investissements, et porter préjudice aussi bien aux entreprises qu'aux consommateurs.

4. SURVEILLANCE RÉGLEMENTAIRE : LES RÉORGANISATIONS EN VERTU DE LA LACC

Problématique

À la différence d'autres législations en matière d'insolvabilité, la LACC n'est assujettie à aucun processus de supervision administrative. En l'absence de ce pouvoir de surveillance, il est pratiquement impossible d'évaluer les procédures aux termes de la LACC ou de vérifier si les services sont offerts de manière appropriée. Il est également très

difficile de mesurer l'efficacité des mécanismes de réorganisation ou de vérifier s'ils sont appliqués et administrés de façon constante.

Contexte

Le Canada compte deux lois qui régissent les réorganisations commerciales, la LFI et la LACC. Cela contraste avec la procédure en vigueur aux États-Unis où toutes les réorganisations relèvent du *Bankruptcy Code*.

Plusieurs grandes entreprises qui éprouvent de sérieux problèmes financiers optent pour le régime de la LACC. Or, il n'existe aucune méthode facile pour déterminer quelles compagnies ont recours à la LACC au cours d'une année donnée ou pour établir leur profil avec précision, ou encore pour vérifier dans quelle mesure leur processus de réorganisation a réussi. L'absence d'une telle méthode est due au fait qu'il n'existe pas de registre public centralisé des réorganisations effectuées en vertu de la LACC.

Le manque d'information au sujet des plaintes déposées contre une ou plus d'une partie prenant part au processus de la LACC crée une autre contrainte. Il est pratiquement impossible de réaliser une analyse convenable des principaux griefs. La réalisation d'une telle analyse, pourrait contribuer à mettre en place des mesures préventives, ce qui rehausserait le degré de confiance dans les résultats obtenus aux termes de la LACC et dans les parties en cause.

Depuis 1997, la LACC exige que l'on nomme un contrôleur afin de surveiller les affaires et les finances de la compagnie au cours de la période de réorganisation, conformément à l'ordonnance du tribunal. Les contrôleurs ne sont pas assujettis à un code de déontologie ou à des règles de conduite professionnelle. Plusieurs intervenants ont exprimé des inquiétudes à ce propos et ont souligné les nombreuses situations de conflit d'intérêts dans lesquelles les contrôleurs pourraient se retrouver, surtout s'ils agissent à divers titres pour le compte de la compagnie débitrice.

Points à considérer

Comme il n'existe pas d'organisme de surveillance et que les registres sont dispersés parmi les divers tribunaux devant lesquels sont présentés les différents dossiers, il n'existe aucune façon de vérifier le résultat des procédures en vertu du régime de la LACC. À toutes fins utiles, il est impossible de mesurer l'incidence du recours à la LACC sur l'économie canadienne. Bien que l'on puisse obtenir des résultats pour une situation donnée, il n'existe aucun moyen d'évaluer le rendement de la LACC dans son ensemble. En fin de compte, l'absence de processus de surveillance pourrait miner la confiance des investisseurs et des prêteurs et amener ces derniers à envisager le retrait de leur appui financier lorsqu'ils font face aux procédures en vertu de la LACC.

Étant donné l'importance sociale et économique des réorganisations aux termes de la LACC et le nombre croissant de procédures en vertu de cette loi au cours des 10 dernières années, il vaut peut-être la peine d'envisager la mise en place d'un régime de surveillance. Un tel régime pourrait :

- établir un registre public au niveau national;
- prévoir des mécanismes de traitement des plaintes;
- conférer le pouvoir d'intervenir dans toute procédure en vertu de la LACC devant le tribunal, de façon similaire aux pouvoirs conférés en vertu du paragraphe 5(4) de la LFI;
- stipuler que seuls les détenteurs d'une licence de syndic peuvent agir à titre de contrôleurs.

Ces caractéristiques ne restreindraient pas indûment la souplesse nécessaire pour les réorganisations de grandes compagnies. Elles rendraient le processus plus transparent et garantiraient que les créanciers et les autres intervenants disposeraient d'un mécanisme de résolution des griefs moins onéreux que la voie judiciaire.

5. SURVEILLANCE RÉGLEMENTAIRE : LE RESPECT DES MISES SOUS SÉQUESTRE

Problématique

La partie XI de la LFI, qui régit les mises sous séquestre, ne s'est pas révélée efficace. Dans plusieurs régions du pays, on ne l'a pas utilisée de la manière prévue.

Contexte

La partie XI de la LFI régit la réalisation des sûretés des créanciers garantis lorsque le créancier ou son agent, appelé « séquestre », prend possession de l'ensemble ou d'à peu près tous les actifs d'une entreprise afin de les réaliser au profit des créanciers garantis. Entre autres, la partie XI prévoit l'envoi de préavis aux créanciers et le maintien d'un registre public. Elle stipule également que les séquestres ont l'obligation de rendre compte et d'agir avec soin lors de la vente des actifs du débiteur.

Les tribunaux de la common law ont interprété la partie XI de manière restrictive et ont même suggéré une approche tempérée dans la mise en application de ses dispositions. Selon l'opinion dominante, la partie XI de la LFI ne s'applique pas au Québec parce que le régime de droit civil de cette province ne contient aucun concept équivalent à la mise sous séquestre.

La définition de « séquestre » énoncée au paragraphe 243(2) de la LFI exclut complètement de nombreuses situations apparentées au concept de mise sous séquestre de la partie XI. Par exemple, elle exclut les bailleurs qui provoquent la vente des biens d'un commerçant par suite d'un défaut de paiement de son loyer.

Points à considérer

De nombreuses personnes sont d'avis que la protection offerte par la partie XI de la LFI est illusoire. Les créanciers sont plus intéressés à protéger leurs réclamations et à maximiser leur recouvrement. De plus, les pénalités pour ceux qui ne respectent pas les dispositions de la LFI manquent de sévérité.

Certaines personnes affirment que les mécanismes prévus dans la partie XI sont encombrants et inutiles dans plusieurs situations où la valeur des actifs est relativement faible. Ils aimeraient être exemptés de la partie XI ou à tout le moins, pouvoir compter sur une procédure simplifiée qui s'applique à leur situation.

D'autres personnes estiment que la législation provinciale régissant les garanties sur les biens protège adéquatement les débiteurs et les créanciers non garantis contre les réalisations abusives. Selon elles, la partie XI apporte une contribution très faible sinon nulle, à cet égard.

6. FINANCEMENT DES OPÉRATIONS

Problématique

En 1997, le BSF est devenu un organisme de service spécial pour les utilisateurs du système des faillites. Cela lui permet de profiter d'une plus grande souplesse administrative et l'oblige, entre autres, à opérer selon le principe de la récupération des coûts. Présentement, le BSF est tributaire des seuls revenus générés par les activités qu'il met en branle pour exécuter son mandat. En outre, certaines contraintes légales et administratives avec lesquelles il doit composer semblent inéquitables.

Contexte

Un des défis du BSF est de trouver la meilleure façon d'assurer la conformité à la LFI tout en tenant compte des limites budgétaires. Depuis qu'il est devenu un organisme de service spécial, le BSF exerce ses activités de façon plus transparente; il est davantage redevable de ses résultats et déterminé à donner suite aux préoccupations de ses clients. Le nombre de cas d'insolvabilité augmente chaque année et le nombre de dossiers à traiter accroit au même rythme. Il s'ensuit donc une hausse des cas de non-conformité ou de fraude par les syndics et les débiteurs.

Au cours des quelques dernières années, l'approche adoptée par le BSF pour mener à bien son mandat a changé sensiblement. Ce dernier accorde maintenant moins d'importance au suivi des dossiers individuels et plus d'importance à la surveillance des syndics et des débiteurs. Ces mesures de conformité sont présentement financées au moyen d'une gamme de frais administratifs : droits de dépôt, prélèvements sur les dividendes à payer aux créanciers, droits de licence et honoraires de recherche du registre public.

Le système d'insolvabilité subit des pressions considérables. Au moment même où l'accroissement des cas d'insolvabilité provoque l'augmentation de la charge de travail, le BSF doit s'assurer que les différents programmes de conformité fonctionnent de façon appropriée, et ce malgré les ressources accrues qui doivent être consacrées au traitement du volume croissant de dossiers. Pour faire face à la situation, il est essentiel de trouver de nouvelles sources de revenu de façon que le BSF puisse remplir son mandat avec efficacité.

Par ailleurs, les entrées de fonds ne concordent pas avec les efforts déployés. Une somme de travail importante est requise au cours de l'année suivant l'ouverture d'un dossier d'insolvabilité, mais la plupart des frais, qui proviennent des prélèvements sur les dividendes, sont seulement perçus au cours de la deuxième ou de la troisième année. Cela exerce une pression sur le BSF pour qu'il augmente les frais d'enregistrement de manière à pouvoir respecter ces exigences et à mieux faire concorder les entrées de fonds avec la charge de travail.

Points à considérer

La tarification actuelle du BSF obéit au principe d'équité, lequel soutient que toute structure de financement devrait être fondée sur le postulat selon lequel les personnes qui bénéficient d'un service devraient assumer les coûts qui y sont reliés. Certains intervenants estiment toutefois que le principe de l'utilisateur-payeur ne devrait pas être le seul principe pour justifier l'augmentation des frais. Ils prétendent que l'ensemble des citoyens du pays bénéficient d'un système d'insolvabilité qui est efficace et équitable, et en lequel on peut avoir confiance. À leur avis, les contribuables devraient donc absorber une partie des coûts de fonctionnement du BSF, notamment en matière de conformité.

Il est tentant d'augmenter les droits de dépôt. Contrairement aux cotisations, ces frais sont perçus au tout début du processus de faillite; ils constituent des entrées de fonds plus prévisibles et peu de facteurs externes peuvent bouleverser les prévisions budgétaires. Toutefois, toute augmentation des droits de dépôt contribue à l'accentuation du problème d'accès pour les débiteurs dont les ressources financières sont limitées.

En vertu de la législation en vigueur, le surintendant administre un compte à l'égard des dividendes non réclamés et des fonds non distribués. En janvier 2002, le montant accumulé dans ce compte s'élevait à 7 120 000 $. Dans un système fondé sur le principe de la récupération des coûts, il serait raisonnable de permettre que ces sommes soient réinjectées dans le processus pour contribuer à réduire les coûts auxquels font face tous les intervenants. Cette approche est avantageuse à certains égards, entre autres parce qu'elle serait relativement facile à administrer et produirait des revenus supplémentaires. Pour concrétiser cette approche, il faudrait apporter une modification à la Loi qui prévoirait un délai dont la durée pourrait être, par exemple, de deux ans. Au terme de cette période, les sommes non réclamées pourraient être versées au BSF.

Le BSF pourrait avoir recours au financement croisé pour réduire la pression financière exercée sur son organisme. On pourrait par exemple augmenter de manière substantielle les droits de dépôt pour les mises sous séquestre de façon à les rendre comparables à ceux exigés dans le cas d'une faillite ordinaire. Les revenus excédentaires tirés des droits de dépôts relatifs aux mises sous séquestre pourraient servir à financer les autres procédures ou services en matière d'insolvabilité. Présentement, les coûts relatifs à la mise sous séquestre sont complètement recouvrés et, en vertu du cadre de financement actuel, il serait difficile d'accepter une situation où les excédents seraient affectés à d'autres services. L'allégement de cette restriction serait justifié puisqu'il est impératif de maintenir les droits de dépôt de consommateurs aussi bas que possible pour ne pas restreindre l'accès au processus d'insolvabilité.

La modification de la loi constitue également une autre solution à l'étude. Cette modification permettrait le recouvrement du coût des enquêtes dans le cadre des dossiers où la conduite d'un syndic est problématique.

Ces options auraient comme avantage de réduire la pression que l'on exerce sur le BSF pour qu'il augmente les droits de dépôt.

7. AVANTAGES CONFÉRÉS PAR LA NOUVELLE TECHNOLOGIE

Problématique

Puisque les processus relatifs aux faillites et à l'insolvabilité sont tout d'abord judiciaires, de nombreuses modifications doivent être apportées à la LFI pour permettre d'utiliser pleinement les transactions électroniques.

Contexte

Le BSF s'est engagé à mettre en œuvre un système électronique pouvant exécuter des tâches que l'on accomplit présentement sur papier. Cette pratique met en cause pratiquement tous les services : la transmission de renseignements ou de documents, les communications, les transactions financières en espèces et autres ainsi que la procédure

liée aux dépôts et à l'enregistrement des dossiers d'insolvabilité. Cette façon de procéder va de pair avec les changements qui se produisent actuellement dans les banques, les tribunaux et plusieurs autres institutions.

Les transactions électroniques offrent de nombreux avantages : elles accélèrent le processus de transaction, elles permettent aux utilisateurs de profiter de coûts moindres et elles permettent de mieux faire face à l'augmentation du nombre de dossiers d'insolvabilité. De nouveaux systèmes d'échange et de traitement de l'information permettent également au BSF d'accroître sa capacité d'analyse des politiques et des programmes de conformité. Le BSF et les utilisateurs bénéficieraient d'un tel changement. Toutefois, il se peut qu'un programme de ce genre ne soit possible que si la LFI est clarifiée pour permettre expressément les transactions électroniques.

Plusieurs personnes intéressées sont déjà convaincues du potentiel énorme qu'offre le commerce électronique. Elles espèrent en faire profiter le domaine de l'insolvabilité. Près de 80 p. 100 des services du BSF sont déjà offerts sous forme électronique et le BSF projette d'offrir l'ensemble de ses services sous cette forme d'ici 2004.

Points à considérer

Certaines dispositions de la LFI pourraient être modifiées pour permettre plus expressément le recours aux transactions électroniques. Les modifications permettraient aux syndics, aux créanciers, aux tribunaux et à tous les intervenants de tirer pleinement avantage des innovations technologiques dans leurs rapports judiciaires. Une plus grande permissivité améliorerait de façon générale le traitement des transactions et permettrait de réduire les coûts du système.

IV. QUESTIONS RELATIVES À L'INSOLVABILITÉ DES ENTREPRISES

Au cours des quelques dernières années, Industrie Canada a révisé la législation canadienne en matière d'insolvabilité en ce qui a trait notamment aux questions d'ordre commercial. Ce processus a donné lieu à une série de séances de consultation publique au cours de l'automne 2001. Industrie Canada a produit des documents de travail qui ont servi à alimenter le débat portant sur une douzaine de sujets. D'autres questions ont été soulevées par les intervenants avant, pendant et après les rencontres.

La présente partie du document présente au Comité un bref aperçu de 14 questions, les positions des divers intervenants et les idées qu'ont suscitées les consultations. Au cours de ces consultations, plus de 200 intervenants ont eu l'occasion de s'exprimer dans l'une ou l'autre des réunions publiques tenues à l'échelle du pays. Industrie Canada avait distribué trois documents de travail avant les consultations; depuis, le Ministère a reçu des commentaires à l'égard des questions soulevées dans les documents. Ces commentaires ont pris la forme d'observations écrites et d'observations verbales exprimées lors des séances de consultation proprement dites. Les séances de consultation ont suscité les commentaires de petites et de grandes entreprises, d'universitaires, d'avocats, de juges, de représentants d'institutions financières et de l'industrie du crédit, ainsi que de divers organismes des gouvernements fédéral et provinciaux.

Les questions d'ordre commercial peuvent être regroupées en trois grandes catégories dans lesquelles on trouve :

- des points de vue divergents et litigieux par rapport à la politique à adopter. Parmi ces questions, notons la protection des salaires et des pensions; le financement des « débiteurs exploitants »; les droits des fournisseurs impayés et l'adoption de la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale;
- des points de vue divergents parmi les intervenants. Ces différences ne semblent pas insurmontables et peuvent probablement être éliminées à la satisfaction de tous au moyen de modifications de nature technique. Les questions relevant de la présente catégorie ont trait aux droits contractuels, à l'intégration de la LFI et de la LACC,

à la responsabilité des administrateurs, aux sanctions à l'endroit des administrateurs et des dirigeants pour conduite préjudiciable à l'égard des créanciers, aux transferts inférieurs à la juste valeur, et aux préférences;

- un appui généralisé en faveur d'un plan d'action précis. Ceci comprend les propositions visant les courtiers en valeurs mobilières, la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, l'enjeu lié au marché des capitaux et la responsabilité du syndic pour les obligations du nouvel employeur et les créances de caisses de retraite.

PREMIÈRE CATÉGORIE

1. PROTECTION DES SALARIÉS

Problématique

Le degré de protection des salaires et du revenu de pension dans le cadre des procédures d'insolvabilité est sujet de préoccupation.

Contexte

La LFI prévoit une mesure de protection à l'égard des salariés. Les créances salariales de 2 000 $ et moins sont considérées comme des créances privilégiées; elles ont préséance sur les réclamations des créanciers ordinaires en cas de faillite, mais elles occupent un rang inférieur à celui des réclamations des créanciers garantis et de certaines créances de la Couronne dans l'ordre de priorité des créanciers (voir l'appendice B). Ce niveau de protection découle de modifications apportées à la LFI en 1992. Ces modifications ont eu pour conséquence d'augmenter le montant des salaires protégés, qui avait été fixé à 500 $ dans la *Loi sur la faillite* de 1949.

La protection des salariés dans les cas de faillite est une problématique de longue date au Canada. Elle a fait l'objet de nombreux examens depuis 1970, et les modifications apportées à la Loi en 1992 continuent d'alimenter la réflexion sur cette question. Plusieurs modèles de protection ont été étudiés au cours des réformes précédentes. Ces modèles auraient tous offert une meilleure protection que celle qui est offerte actuellement. Ils comportaient entre autres une protection super-prioritaire pour les salaires et classaient même les créances salariales devant les réclamations des créanciers garantis, un mécanisme de compensation des salaires à même un fonds financé par une taxe sur les employeurs ou les employés ou encore à même les recettes générales du gouvernement. Une autre option prévoyait d'accorder une protection des salariés par l'entremise du régime de l'assurance-emploi.

Tous les projets de réforme réalisés à ce jour accordaient une certaine importance au principe de la protection super-prioritaire. Des dispositions super-prioritaires ont été proposées dans le cadre des projets de loi en matière de faillite déposés en 1975 et 1984.

La création d'un fonds de protection des salaires a été proposée dans le projet de loi C-22, tel qu'il a été déposé en 1991. Dans le cadre de ce fonds, les créances salariales auraient alors été protégées jusqu'à concurrence de 2 000 $ en cas de faillites et de mises sous séquestre. Les dispositions relatives au fonds de protection ont été retirées du projet de loi avant que celui-ci soit adopté en 1992. Le concept de fonds de protection a été approuvé par le Comité sénatorial en 1975 et 1980, par le Comité Landry en 1981, le Comité Colter en 1986 et le Comité Grandpré en 1989[7].

L'offre d'un modèle de protection sous le régime de l'assurance-emploi a été envisagée avant l'élaboration des réformes du projet de loi C-22, et de nouveau dans le cadre des discussions qui ont mené aux modifications apportées à la LFI en 1997. Aucune proposition n'a été présentée.

Points à considérer

On reconnaît généralement que les employés constituent des créanciers vulnérables. Habituellement, ceux-ci ne possèdent pas l'information nécessaire pour évaluer les risques de voir leur employeur faire faillite et ont un pouvoir de négociation limité pour se protéger. Selon la forme que prend la protection, des questions d'équité sur le plan de la répartition se posent puisque la protection des salariés doit être assumée par les autres créanciers, qui en règle générale sont des employeurs et des contribuables. Les mesures de protection des salaires peuvent également avoir une incidence sur l'activité économique et l'efficience puisque l'on peut s'attendre à ce que les personnes ayant à assumer les coûts liés à la protection des salariés doivent adapter leurs comportements afin de minimiser ces coûts.

La mise en place d'une super-priorité offrirait une protection supérieure à celle du régime en vigueur en élevant le rang de créancier de l'employé au-dessus de celui de certains autres créanciers. Une telle mesure ne garantit toutefois pas la certitude ou la diligence d'une telle protection. Les super-priorités peuvent également avoir des répercussions sur la disponibilité du crédit en imposant des risques accrus aux créanciers garantis, surtout lorsque le financement est lié à des industries à forte intensité de main-d'œuvre. Ces lacunes ont déjà été constatées par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce.

Un fonds offrirait une certaine protection. Le coût relié à l'établissement d'un fonds de protection constitue cependant une préoccupation majeure. On a estimé le coût du mécanisme proposé en 1991 à quelque 60 millions de dollars. Une étude réalisée par le gouvernement fédéral en 2000 indiquait que les créances salariales assujetties à un régime super-prioritaire seraient probablement de l'ordre de 15 à 25 millions de dollars. Cette estimation présume que le fonds n'occasionnera aucun changement de comportement. Il faudrait toutefois ajouter les frais administratifs à ces prévisions. Par ailleurs, il faut se demander si l'on devrait imposer un tel coût aux employeurs à l'abri

7. Le Comité sur la protection des salaires en situation de faillite et d'insolvabilité, présidé par M. Raymond Landry, a été mis sur pied par le ministre de la Consommation et des Corporations en 1980 afin de conseiller le gouvernement sur la meilleure façon de protéger les salaires. Le Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité, présidé par M. Gary Colter, a été mis sur pied par le ministre de la Consommation et des Corporations en 1985 afin d'examiner le système en vigueur en matière de faillite et de faire des recommandations sur les changements à y apporter pour le moderniser. M. Jean de Grandpré a présidé le Comité consultatif sur les rajustements à apporter à l'accord de libre-échange.

de la faillite, tels les gouvernements, les municipalités, les universités, les écoles et les hôpitaux.

Consultations

Lors des consultations tenues en septembre et en octobre 2001 auprès des intervenants du domaine du droit de l'insolvabilité, la plupart d'entre eux percevaient les salariés comme des créanciers vulnérables qui avaient besoin d'une certaine protection légale. On jugeait généralement que le régime en vigueur n'offrait pas un niveau de protection suffisant. Toutefois, certains participants ont mentionné que la banque de l'employeur assumait souvent l'arriéré des salaires; ainsi, lorsqu'une entreprise en faillite était reprise par une nouvelle administration, le nouvel employeur acquittait les salaires impayés.

Parmi les mesures pouvant améliorer la protection offerte, l'établissement d'une super-priorité a suscité le plus d'appui. Cette formule accorderait une priorité plus grande aux créances salariales qu'aux réclamations des créanciers garantis. Les intervenants ont recommandé l'imposition d'une limite stricte; celle-ci comprendrait un plafond en ce qui concerne les montants réclamés, une période de protection de courte durée (on a proposé une période de paie) et la protection des salaires uniquement (en excluant les paies de vacances et les indemnités de départ). On a également proposé de limiter l'application de la super-priorité au fonds de roulement de l'entreprise concernée.

Certains problèmes ont été soulevés, et ce même en privilégiant une super-priorité limitée. Les prêteurs ont affirmé que l'instauration d'un régime super-prioritaire aurait une incidence sur le calcul des marges et, conséquemment, réduirait la disponibilité du crédit.

La reconnaissance des super-priorités provinciales par la LFI était également perçue comme une variante au régime de super-priorité. On a exprimé certaines réserves au sujet des difficultés administratives pouvant découler de l'utilisation de ce modèle, qui prévoirait des niveaux de protection différents dans les différentes provinces. Certains intervenants étaient cependant en faveur d'un tel modèle axé sur les priorités provinciales, par rapport à l'adoption d'un régime de super-priorité, puisque les prêteurs sont déjà à l'aise avec ce modèle.

Un certain appui a été manifesté à l'égard d'un fonds de protection des salaires, bien que cet appui ait été moindre que celui accordé au régime de super-priorité. Par ailleurs, certains se sont dits d'avis que la création d'un fonds pourrait assurer une protection rapide et certaine (bien que l'expérience vécue en Ontario et dans une moindre mesure au Manitoba soulève des doutes au sujet de la rapidité de paiement dans le cadre d'un tel fonds). En contrepartie, on a affirmé que de tels fonds pourraient donner lieu à l'adoption de comportements stratégiques, ce qui augmenterait les coûts bien au-delà de ce que le volume actuel des réclamations salariales en cas de faillite pourrait laisser

croire. Plus précisément, on a noté que les banques cesseraient volontairement de financer les réclamations salariales. On ferait une utilisation maximale du fonds car les salariés, encouragés par leur employeur, tireraient avantage du système. Les personnes directement concernées, les salariés, les employeurs et les créanciers, n'auraient aucune incitation à limiter le niveau des coûts. On a également exprimé des inquiétudes au sujet des ressources supplémentaires qu'exigerait un tel fonds au chapitre de la bureaucratie et de l'obligation qu'on devrait imposer aux employeurs peu susceptibles de faire faillite pour qu'ils contribuent au processus.

Au cours des consultations, les représentants des ministères du travail de plusieurs provinces ont appuyé le recours à un mécanisme de financement lié à l'assurance-emploi, et en particulier l'option selon laquelle le régime de l'assurance-emploi annulerait la période d'attente habituelle de deux semaines à l'égard des employés touchés par une faillite commerciale. Dans le cadre d'une autre tribune, les membres provinciaux de l'Association canadienne des administrateurs de la législation ouvrière ont appuyé la réforme et ont proposé le recours à un modèle dans le cadre duquel l'assurance-emploi assumerait le financement des salaires impayés à la suite d'une faillite jusqu'à concurrence de 2 000 $. L'assurance-emploi recouvrerait ensuite ces fonds à même les fonds que percevrait l'Agence des douanes et du revenu du Canada par l'application de sa super-priorité. Cette proposition pourrait être jumelée à la suppression de la période d'attente de deux semaines. Un financement de ce genre procurerait certainement une protection relativement rapide et empreinte de certitude. On se demande toutefois si une telle proposition serait conforme à l'esprit de la *Loi sur l'assurance-emploi*.

2. PROTECTION DES PENSIONS

Problématique

La protection actuellement en vigueur à l'égard des cotisations impayées et des engagements non capitalisés relatifs aux régimes de retraite est-elle suffisante? Dans la négative, quelle mesure devrait-on mettre en œuvre pour l'améliorer?

Contexte

La LFI n'offre aucune mesure de protection spéciale à l'égard des cotisations aux régimes de retraite qui n'ont pas été payées. Les priorités à cet égard sont prévues dans les lois fédérales et provinciales en matière de pension, même s'il n'est pas certain que les priorités provinciales seraient reconnues en cas de faillite. L'Ontario est la seule province qui prévoit une protection capitalisée pour les créances relatives aux pensions.

Les réformes antérieures de la législation en matière de faillite ont accordé moins d'attention à la protection des salaires qu'elles ne l'ont fait sur le plan des pensions.

Néanmoins, les projets de loi en matière de faillite déposés au cours des années 1970 et 1980 auraient accordé la priorité aux créances relatives aux pensions jusqu'à concurrence de 500 $. De leur côté, les comités Landry, Colter et de Grandpré ont tous recommandé que les réclamations relatives aux pensions soient couvertes par le fonds de protection qu'ils proposaient.

Points à considérer

Plusieurs des points à considérer en matière de protection des pensions s'appliquent également à la protection des salaires. Les pensionnés sont vulnérables et ne possèdent pas l'information nécessaire pour bien analyser les risques et pour se protéger. Les super-priorités visant les réclamations relatives aux pensions accroîtraient certes la protection, mais elles auraient également des répercussions sur la disponibilité du crédit. La création d'un fonds procurerait une protection plus certaine, mais les coûts de financement pourraient être importants.

Consultations

Certains considéraient que la protection actuelle des pensions était insuffisante, même si celle-ci semblait moins les préoccuper que celle des salaires. Les participants jugeaient que les créances relatives aux engagements non capitalisés constituaient un problème plus sérieux que les réclamations se rapportant aux cotisations périodiques impayées. Les situations de passif non capitalisé pourraient être cernées par une étude actuarielle indiquant qu'une caisse de retraite est sous-capitalisée, ou par une amélioration des prestations versées par le régime, négociée par un employeur et les membres du régime, qui aurait pour conséquence de placer le régime dans une situation de sous-capitalisation temporaire. On a laissé entendre que la protection des engagements non capitalisés qui résultent d'améliorations apportées à un régime à la suite de négociations serait inéquitable puisqu'une telle situation imposerait de nouveaux risques aux créanciers de l'employeur. La problématique liée aux régimes de retraite à prestations déterminées (RPD) semblait beaucoup plus importante que celle liée aux régimes à cotisations déterminées. En effet, dans le cas des RPD, une dégradation des investissements du régime pouvait entraîner une diminution des actifs du régime sous le seuil requis pour assumer les obligations fixes en matière de prestations, provoquant ainsi une situation de passif non capitalisé. On a également laissé entendre que l'amélioration de la protection des créances des caisses de retraite serait discriminatoire parce que la plupart des avantages qui en découleraient profiteraient aux membres des régimes de retraite à prestations déterminées.

Un régime de super-priorité constituait la méthode la plus susceptible de hausser la protection à l'égard des créances des caisses de retraite. Cependant, comme c'est le cas pour les salaires, l'appui manifesté était assujetti à des limites strictes, y compris l'imposition d'un plafond eu égard aux montants réclamés. L'offre d'une protection se

limitant aux cotisations périodiques (excluant les engagements non capitalisés) et à une seule période de cotisation. On a également proposé de limiter l'application de la priorité au fonds de roulement. Les prêteurs ont indiqué que le régime de super-priorité aurait des répercussions au chapitre de la disponibilité du crédit, surtout si les engagements non capitalisés étaient couverts.

La protection des créances des caisses de retraite au moyen d'un fonds a suscité un appui moins important que le recours à une super-priorité. Étant donné l'expérience vécue en Ontario et au Manitoba, les gouvernements provinciaux n'étaient pas enthousiastes à l'idée d'offrir une telle protection. Ils ont également soulevé certaines craintes par rapport à la protection des engagements non capitalisés. Cette mesure pourrait imposer un fardeau financier assez important aux contribuables.

3. FINANCEMENT DES « DÉBITEURS EXPLOITANTS »

Problématique

Les intervenants se demandent si le nouveau financement accordé à une compagnie en situation de réorganisation devrait obtenir un rang de priorité supérieur à celui des créanciers existants lorsque ce financement est nécessaire à la restructuration de l'entreprise.

Contexte

Le financement des « débiteurs exploitants » est un véhicule financier utilisé pour venir en aide aux entreprises insolvables. Les entreprises cherchant à se réorganiser, que ce soit en vertu de la LFI ou de la LACC, ont typiquement besoin d'argent. Habituellement, ces entreprises sont déjà largement financées; autrement, leurs sources habituelles de financement leur sont toujours disponibles. Étant donné leur situation financière précaire et l'absence de garanties disponibles, accorder un prêt à de telles entreprises suivant les modalités usuelles comporte des risques.

Lors du financement d'un « débiteur exploitant », le nouveau prêteur fait une injection de capitaux en échange de laquelle il peut améliorer sa position par rapport aux autres créanciers garantis. De cette façon, si la réorganisation échoue, le nouveau prêteur est protégé aux dépens des autres créanciers. Ces derniers y trouvent toutefois leur compte si la réorganisation réussit. Ainsi, ils peuvent recouvrer une plus grande part de ce qui leur était dû que si l'entreprise avait fait faillite. À défaut d'une injection de nouveaux capitaux l'entreprise ferait probablement faillite.

Ni la LFI ni la LACC ne renferment de dispositions concernant le financement des « débiteurs exploitants ». Il s'agit d'un concept américain dont les juges canadiens ont autorisé l'utilisation dans les cas régis par la LACC, en vertu de ce qu'ils appellent leur « compétence inhérente ».

Points à considérer

Grâce au financement des « débiteurs exploitants », les entreprises qui autrement seraient liquidées peuvent poursuivre leurs activités. En cas de réorganisation réussie, les emplois sont épargnés, les créanciers recouvrent des sommes supérieures et une entreprise rentable contribue à la croissance économique. Plus le recours à un tel financement est facile, plus il y a d'entreprises qui ont l'occasion de survivre.

D'autre part, les réorganisations qui échouent se traduisent inévitablement par une faillite. Dans de tels cas, un créancier dont la garantie a été reléguée à un rang inférieur par le nouveau prêteur court le risque de subir une perte plus importante que si l'entreprise avait fait faillite à la première occasion. On améliorerait certainement le principe d'équité si l'on accordait une plus grande latitude aux créanciers en leur permettant soit de choisir entre l'exercice de leurs droits garantis, soit de participer au processus de réorganisation. Cela pourrait toutefois rendre le financement des « débiteurs exploitants » irréalisable. Un contrôle accru des créanciers permet aux forces du marché de s'exercer librement puisque dans de telles circonstances les clauses régissant les rapports entre l'emprunteur initial et le prêteur sont respectées.

Il est également possible qu'une entreprise insolvable, pouvant faire face à des difficultés financières et à des problèmes de gestion, ne fasse pas mieux après l'injection des nouveaux capitaux et qu'il en résulte simplement une perte plus importante. Cette inquiétude est amplifiée par l'instabilité de l'entreprise. Si l'entreprise ne possède qu'une valeur symbolique au moment de l'injection de capital, cela signifie que les membres de sa direction jouent avec l'argent des autres, notamment avec celui des créanciers ayant perdu leurs sûretés ou ayant accepté d'en voir diminuer la valeur.

Consultations

La majorité des intervenants estimaient que l'on ne devait pas imposer une formule de financement des « débiteurs exploitants » aux créanciers avant d'avoir mieux établi pour les tribunaux les situations où le recours à une telle formule est justifié. Ce n'est pas le cas présentement, et une partie importante de la population estime que l'on devrait laisser la LACC telle qu'elle est à l'heure actuelle. Beaucoup de travail reste à faire pour élaborer un système qui réponde aux préoccupations de toutes les parties.

Bien que le mérite du sauvetage d'entreprises soit reconnu et que l'on convienne que le financement des « débiteurs exploitants » puisse être essentiel à ce chapitre, bon nombre des participants ont soutenu que l'obligation inconditionnelle d'encourir un risque supplémentaire était inopportune.

Cette opinion prend racine dans deux éléments fondamentaux. D'une part, le taux de réussite des réorganisations est inconnu puisque les procédures menées en vertu de la LACC ne sont pas répertoriées. Comme on a aucune idée de la mesure dans laquelle

une réorganisation profite aux créanciers existants ou se transforme ultérieurement en échec, il est difficile d'évaluer la valeur du financement des « débiteurs exploitants ». D'autre part, le financement des « débiteurs exploitants » émane du système américain où il existe quelques différences fondamentales sur les plans juridique et économique qui peuvent justifier l'application de cette mesure.

Les opposants au financement des « débiteurs exploitants » ont fait valoir que les entreprises américaines étaient en règle générale moins financées que les entreprises canadiennes. Par conséquent, lorsque le financement des « débiteurs exploitants » est nécessaire, il peut y avoir plus de latitude pour ajouter un nouveau créancier sans mettre en péril les garanties des autres créanciers. Cette situation économique se reflète dans la législation américaine, qui exige que les entreprises américaines disposent d'un coussin financier et que l'on fasse la preuve que le financement demandé profitera aux créanciers existants. Les dispositions comparables de la législation canadienne n'exigent pas la même protection pour les créanciers. On pourrait les décrire en disant qu'elles ont recours à l'évaluation de l'« avantage net ». Dans un dossier canadien, un juge peut évaluer les avantages et les risques et, en se fondant sur cette évaluation, décider si le financement est opportun sans avoir à assurer une quelconque protection aux créanciers existants.

On doit ajouter à cela le problème selon lequel le financement des « débiteurs exploitants » peut provoquer une certaine incertitude dans les milieux financiers. Étant donné qu'un créancier ne peut vraiment savoir s'il sera entraîné dans une situation comportant le financement d'un « débiteur exploitant », il peut être tenté d'intervenir plus tôt dans le processus et saisir les garanties d'une entreprise connaissant des difficultés plutôt que de l'aider à s'en sortir. Par ailleurs, on ne sait pas si les risques supplémentaires pourraient provoquer l'augmentation des coûts d'emprunt ou une restriction sur le plan de la disponibilité du crédit.

Les défenseurs du maintien des règles en matière de financement des « débiteurs exploitants » ont fait valoir que l'utilisation de plus en plus fréquente de cet outil permet aux juges de mieux connaître les subtilités de ce type de financement et de constituer une jurisprudence pour orienter les débats en la matière. Ces participants affirment que la plus grande partie de ce processus est déjà normalisée et relativement prévisible. Ils font également valoir que toute démarche visant à exercer un plus grand contrôle sur le financement des « débiteurs exploitants » ne ferait que limiter davantage l'accès à ce financement et provoquer la faillite de plusieurs entreprises qui auraient pu être sauvées en recourant à une réorganisation.

L'Institut d'insolvabilité du Canada a soumis plusieurs recommandations à Industrie Canada dans un effort pour faciliter le financement des « débiteurs exploitants » en définissant les attentes et les répercussions. Il recommande entre autres que soient

enchâssés dans la législation le financement des « débiteurs exploitants » ainsi que plusieurs autres principes sur lesquels pourront s'appuyer les tribunaux pour déterminer si ce type de financement devrait être approuvé.

4. DROITS DES FOURNISSEURS IMPAYÉS

Problématique

Les intervenants ont soulevé la question de l'efficacité de la protection légale offerte aux fournisseurs impayés.

Contexte

Avant 1992, la LFI n'offrait aucune protection à l'égard des fournisseurs impayés. Au cours de cette même année, la LFI a été modifiée pour permettre aux fournisseurs de reprendre possession des biens livrés juste avant la faillite ou la mise sous séquestre, lorsque ces biens n'avaient pas été payés. Le paragraphe 81.1(1) de la LFI énumère plusieurs conditions à l'application de l'article 81.1, exigeant entre autres que les biens puissent être identifiés, qu'ils soient dans le même état qu'au moment de leur livraison et qu'ils n'aient pas été revendus à une personne sans lien de dépendance.

Un fournisseur ne peut reprendre possession de biens livrés à un débiteur engagé dans un processus de réorganisation aux termes de la LFI. Dans l'éventualité où un tel débiteur ferait faillite par la suite, le fournisseur pourra alors reprendre possession des biens qu'il a livrés juste avant la réorganisation. Les droits de reprise de possession du fournisseur prennent préséance sur toute autre réclamation à l'exception de celles présentées par un acheteur de bonne foi.

Bien que l'intention soit d'offrir une protection aux fournisseurs, bon nombre d'intervenants ont dit de cette protection qu'elle était inefficace et non efficiente. Elle comporte également des lacunes au chapitre de la protection offerte. Par exemple, le fournisseur d'un service dont il ne peut reprendre possession ne bénéficie d'aucune protection alors que celui qui fournit des biens tangibles est protégé. Aux termes de la LFI ou de la LACC, aucune protection n'est prévue non plus à l'égard des services, dans le contexte d'une réorganisation.

Certaines protections existent en vertu de diverses lois provinciales et du principe de privilège possessoire du régime de la common law, mais ces protections ne sont pas assez étendues pour s'appliquer à tous les fournisseurs ou à toutes les situations.

Points à considérer

Les fournisseurs, en particulier ceux de petite taille ou ceux faisant affaire sur un marché comptant peu d'acheteurs, peuvent être dans une position où il leur est impossible de

demander une garantie pour leurs transactions. Le pouvoir de négociation entre les deux parties, les coûts rattachés à l'obtention d'une garantie pour des biens dont le renouvellement est rapide et les coûts financiers associés à l'obtention d'une garantie peuvent expliquer une telle situation. Quoi qu'il en soit, la plupart des fournisseurs de biens n'obtiennent pas de garantie de paiement et se fient sur l'acheteur pour qu'il effectue le paiement conformément aux modalités du contrat de vente.

En plus d'aider les fournisseurs à obtenir une garantie de paiement ou de recouvrement, on considère que le présent mécanisme de protection constitue une solution pour les entreprises en difficulté. Puisque les fournisseurs sont en mesure de reprendre possession des biens ou d'en obtenir le paiement, ils sont moins enclins à délaisser les entreprises en difficulté et à arrêter de les approvisionner. L'intention était d'aider les entreprises à surmonter une situation financière difficile et de favoriser leur rétablissement. Mais il y a un prix à payer en cas d'échec. Si l'entreprise échoue et que les fournisseurs exercent leurs droits de reprise de possession, les autres créanciers ne pourront compter que sur quelques actifs et devront en fin de compte assumer le coût de la protection. En théorie, le marché du crédit pourrait être perturbé puisque les autres créanciers chercheront à se protéger contre des pertes accrues.

Par ailleurs, la question d'accorder à un fournisseur une protection qui n'existait pas dans le contrat initial, qui consiste en fait à lui accorder une protection supérieure à celle qu'il avait négociée, soulève des interrogations.

Consultations

Cette question compte parmi les points qui ont suscité les plus grandes divergences d'opinions au cours des diverses séances de consultation.

Les fournisseurs, qui devaient au premier titre bénéficier de la législation, ont affirmé qu'ils avaient de la difficulté à faire appliquer la protection dans sa forme actuelle. Ils préféreraient que la protection soit améliorée, mais ne voudraient surtout pas se retrouver avec une protection inférieure à celle dont ils bénéficient actuellement.

Leurs préoccupations ne concernent pas la législation. Les tribunaux ont établi des limites très étroites aux droits de reprise de possession. Par exemple, si des biens sont placés individuellement dans des boîtes que l'on met ensuite dans un grand carton d'une douzaine de boîtes pour fins de livraison, le tribunal peut déterminer que, une fois qu'une des boîtes a été retirée du carton, les biens ne sont plus dans le même état qu'au moment où ils ont été vendus, empêchant ainsi la reprise de possession des 11 autres unités. La législation en vigueur est difficile à appliquer pour des raisons semblables. Les fournisseurs aimeraient bien que l'on supprime ce genre d'embûche, au moyen peut-être d'une législation qui donnerait des instructions plus précises aux tribunaux.

Les fournisseurs ont également appuyé l'idée de modifier les dispositions relatives aux délais. La période actuelle de 30 jours associée à la reprise de possession n'est utile que si le fournisseur est mis au courant de la faillite dans un délai suffisant pour qu'il puisse exercer ses droits. On peut imaginer qu'un débiteur fasse faillite le 27e jour suivant la réception des biens et que le créancier n'en soit pas mis au courant à l'intérieur du délai de 30 jours, éliminant ainsi toute possibilité de reprise de possession de ses biens. Pour cette raison, les fournisseurs ont appuyé l'idée d'allouer un délai de 15 à 30 jours suivant la faillite pour reprendre possession des biens qui ont été livrés dans les 30 jours précédant la faillite. Le raisonnement des fournisseurs suppose qu'un tel délai leur donnerait l'occasion d'exercer leurs droits. En contrepartie, on a exprimé des réserves au sujet du délai qui pourrait se glisser dans la liquidation des actifs pendant que les fournisseurs élaborent de telles dispositions. On a aussi soulevé la possibilité de voir cette pratique se répercuter sur la disponibilité du crédit.

Les fournisseurs ont par ailleurs avancé l'idée selon laquelle on pourrait leur offrir le privilège d'exercer une première option leur permettant de racheter les biens visés par la faillite. Les créanciers pourraient ainsi accroître les possibilités de recouvrement, en offrant au fournisseur en question une occasion de recouvrer la valeur de ses biens en les revendant à un autre client. Les fournisseurs de biens de nature plus exclusive ou dont le réseau de distribution est contrôlé garderaient le contrôle sur leurs produits. Encore une fois, on a soulevé la question de l'apparition de nouveaux délais au chapitre de la liquidation des actifs.

D'autres groupes, plus précisément les avocats et les syndics, se sont vigoureusement opposés à ces arguments, pour des raisons de principe et des motifs d'ordre pratique. La prémisse même de toute amélioration des droits des fournisseurs a été prise à partie, en grande partie en raison du fait que ces fournisseurs ont la possibilité d'inclure des clauses de protection supplémentaires à leurs contrats de vente s'ils désirent de meilleures garanties. On a mentionné qu'il n'y avait aucune raison fondamentale qui militait en faveur de l'accroissement de la protection actuelle.

D'autres critiques ont été faites à l'égard du mécanisme en vigueur. On s'est interrogé sur l'efficience du système. Plusieurs professionnels du domaine de l'insolvabilité ont laissé entendre qu'on y avait rarement recours, en partie parce que son efficacité était grandement réduite par l'interprétation que lui ont donné les tribunaux. D'un point de vue administratif, ils ont mentionné qu'il pouvait être onéreux et difficile de déterminer quel fournisseur a vendu quoi, et à quelle date.

On a également soulevé la question de l'intégration de ces types de protection au processus de réorganisation. Les fournisseurs veulent être certains d'être payés dans ces situations; on a toutefois affirmé que ces protections rendraient les réorganisations plus difficiles.

Parmi les autres protections discutées figurait la possibilité d'accroître la responsabilité des administrateurs pour « stockage abusif ». Le débiteur peut en effet commander des biens en quantité plus importante que nécessaire d'un fournisseur à qui il n'a donné aucune garantie personnelle. Ainsi, en cas de faillite, l'excédent des biens (du moins en partie) serait distribué au créancier à qui il a consenti des garanties personnelles, réduisant ainsi la responsabilité personnelle des administrateurs. Bien que les fournisseurs aient démontré de l'intérêt pour une protection supplémentaire, tous les groupes ont reconnu qu'une telle protection serait également difficile et coûteuse à appliquer, et que la définition du concept de « stockage abusif » serait problématique. Certains intervenants ont par ailleurs fait valoir que les administrateurs faisaient déjà face à suffisamment de risques personnels.

5. LOI-TYPE DE LA CNUDCI SUR L'INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE

Problématique

Le Canada doit décider s'il adoptera la loi-type sur l'insolvabilité internationale du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) pour remplacer l'actuelle partie XIII de la LFI.

Contexte

Les règles actuelles sur l'insolvabilité en contexte international sont énoncées dans la partie XIII de la LFI et à l'article 18.6 de la LACC. La partie XIII de la LFI a été adoptée en 1997 en réponse à la mondialisation croissante de l'activité économique et à l'accroissement des cas d'insolvabilité ayant une dimension internationale.

Au moment même où l'on élaborait la partie XIII de la LFI au Canada, le groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI créait sa loi-type sur l'insolvabilité internationale. La CNUDCI a adopté cette loi-type en mai 1997, environ un mois après l'entrée en vigueur de la partie XIII de la LFI au Canada. Le Canada a participé activement au groupe de travail et a appuyé l'adoption de la loi-type par la CNUDCI.

La loi-type constitue un texte législatif que la CNUDCI recommande à tous les pays d'adopter dans le cadre de leur législation nationale en matière d'insolvabilité. À ce jour, seuls l'Afrique du Sud, le Mexique, l'Érythrée et au sein de la Yougoslavie, le Monténégro ont adopté la loi-type. Le Japon a récemment adopté une législation qui suit les mêmes lignes que la loi-type. Le Congrès américain étudie actuellement un projet de loi visant la modification du *Bankruptcy Code* qui comprendrait l'adoption de la loi-type. Les caractéristiques fondamentales de la loi-type se reflètent dans la partie XIII de la loi canadienne en vigueur.

Points à considérer

L'adoption de la loi-type contribuerait à harmoniser davantage au niveau international le traitement réservé à l'insolvabilité en contexte international. Étant donné que l'interprétation des règles régissant l'insolvabilité en contexte international serait plus uniforme, l'administration d'un système d'insolvabilité de ce type en serait facilitée. L'adoption de la loi-type simplifierait également le travail des représentants étrangers qui tentent d'administrer les cas d'insolvabilité des débiteurs qui possèdent des actifs au Canada.

On se demande si le Canada devrait inclure une clause de réciprocité à la législation s'il adoptait la loi-type. Une telle clause stipulerait que les représentants de pays étrangers ne pourraient bénéficier des dispositions de la loi-type canadienne que si leur propre pays avait aussi adopté la loi-type. L'adoption d'une telle clause par le Canada assurerait que les avantages conférés par la loi-type seraient accessibles aux représentants étrangers si les créanciers canadiens avaient des droits semblables dans ces juridictions étrangères.

L'adoption de la loi-type donnerait aux représentants étrangers plus de pouvoirs et de droits qu'ils n'en ont actuellement en vertu de la partie XIII pour prendre possession des biens d'un débiteur et d'en faire la distribution. La procédure serait toujours assujettie aux règles canadiennes en matière d'insolvabilité, et les tribunaux canadiens auraient compétence pour exiger que les créanciers canadiens et les autres intervenants soient protégés de façon adéquate. La préséance accordée dans la loi-type aux procédures nationales se déroulant simultanément à des procédures étrangères contribuerait à garantir que les participants canadiens ne subissent pas de préjudice. Compte tenu de la reconnaissance formelle accordée aux « procédures étrangères principales », celles-ci pourraient avoir un impact sur les décisions prises au Canada en cherchant à donner effet à une décision prise à l'étranger. Même si cette conséquence ne va pas à l'encontre de la loi canadienne, il est possible qu'un tribunal adopte une ligne de conduite différente de celle qu'il aurait adoptée en l'absence de la loi-type.

En ce moment, il est difficile d'évaluer la mesure dans laquelle ces dispositions donneraient des résultats différents de ceux qui découleraient de la partie XIII. On pourrait réduire au minimum tout impact en se prévalant des dispositions qui tiennent compte des lois nationales.

Consultations

Cette question a suscité des divergences d'opinion importantes. Aucun consensus n'est apparu quant à savoir si l'on devrait adopter la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ou conserver la partie XIII de la LFI. Bien qu'une faible majorité des intervenants se soient prononcés en faveur de l'adoption de loi-type, on ne semble pas avoir trouvé de terrain d'entente pour satisfaire les plus inquiets.

L'efficacité avec laquelle la loi-type permet d'aborder les questions dans un contexte de mondialisation et de donner suite aux besoins de coordination qui en découlent a suscité un certain appui en faveur de son adoption. Compte tenu de la participation canadienne à l'élaboration de cette loi, il serait incohérent de ne pas l'adopter. Selon certains intervenants, le Canada doit adopter la loi-type pour des raisons commerciales, et un intérêt fondamental milite en faveur d'une administration uniforme des dossiers de faillite internationale.

De l'avis de la plupart des participants, l'adoption de la loi-type ne devrait pas donner lieu à une réduction du nombre de dossiers entendus au Canada. On a cité l'exemple de la faillite de Laidlaw pour illustrer une situation où des créanciers canadiens d'une entreprise canadienne ont dû s'adresser à des tribunaux américains, une situation qui ne se présenterait probablement pas sous le régime de la loi-type. D'autres intervenants s'inquiétaient du contrôle que pourraient exercer les États-Unis à l'égard des procédures concernées. Selon certains, la loi-type protège les créanciers locaux, adopte des règles locales et permet aux créanciers d'instaurer des procédures au niveau local. Ainsi, si les États-Unis devaient adopter cette loi, des pressions seraient exercées sur le Canada pour qu'il fasse de même.

Un certain nombre d'intervenants jugeaient que le Canada devrait adopter la loi-type en y incorporant une clause de réciprocité pour en limiter l'accès uniquement aux créanciers provenant de pays ayant également adopté cette loi. D'autres étaient plutôt d'avis que le Canada devrait adopter la loi-type en y apportant quelques modifications (la loi-type le permettant). Enfin, d'autres intervenants préconisaient l'ajout de certaines caractéristiques de la loi-type à la partie XIII de la LFI, plutôt que d'adopter cette loi dans son intégralité.

DEUXIÈME CATÉGORIE

6. DROITS CONTRACTUELS

Problématique

Jusqu'à quel point la législation sur l'insolvabilité devrait-elle intervenir dans les contrats privés pour tenter de maximiser la valeur ou d'assurer une répartition équitable de la valeur en cas d'insolvabilité? Par exemple, devrait-on empêcher un créancier détenant une garantie en contrepartie d'une hypothèque de prendre possession de celle-ci si le délai qu'occasionnerait une telle démarche pouvait être à l'avantage des autres créanciers?

Contexte

Les contrats revêtent une importance fondamentale en affaires; des modalités sont négociées de bonne foi et reflètent les risques qui y sont associés. Jusqu'à quel point et dans quelles situations devrait-on intervenir? Cette question est particulièrement importante dans le domaine de la propriété intellectuelle, où l'innovation a pris une avance considérable sur la modernisation de la LFI et de la LACC. On se demande entre autres :

- si l'on devrait suspendre temporairement les procédures à l'égard de l'exécution des droits des créanciers garantis en cas de faillite;
- si l'on devrait intégrer à la LFI des règles régissant les contrats de location;
- si les droits en vigueur en matière de propriété intellectuelle reflètent bien les intérêts opposés des diverses parties concernées.

La *Loi sur la faillite* de 1949 imposait peu de restrictions à l'égard des contrats définitifs si ce n'est d'empêcher un créancier non garanti de prendre des mesures et d'accorder la compétence au tribunal de limiter les procédures que peut lancer un créancier garanti. Par ailleurs, elle reconnaissait explicitement la législation provinciale en matière de baux immobiliers. Les modifications apportées en 1992 empêchaient les créanciers garantis d'exercer, après le début d'une réorganisation, leurs sûretés et de mettre fin à leurs contrats de location, aux contrats de licence ou encore aux services publics en raison d'un défaut. Malgré ces limites imposées aux créanciers, les débiteurs étaient autorisés à se dégager de leurs responsabilités relatives aux baux immobiliers.

Points à considérer

En matière de droit contractuel, le principal enjeu est l'efficacité. Les interventions touchant les droits contractuels refoulent les attentes des contractants, réduisent la prévisibilité et la certitude des contrats et accroissent les risques. Toute intervention devrait être évaluée au regard des avantages qui en découleraient par rapport aux préjudices pouvant en résulter.

Dans certaines occasions, la poursuite d'un contrat peut être avantageuse au sens large. Elle pourrait permettre entre autres au syndic de faire usage des locaux loués pendant que les actifs sont évalués et liquidés plutôt que de forcer une vente immédiate dans des conditions imposées ou de déménager les biens concernés. Bien que la résiliation immédiate du bail puisse être préférable pour le propriétaire, la vente en catastrophe des biens qui résulterait d'une telle situation ou les coûts supplémentaires qu'occasionnerait le déménagement des actifs pourrait avoir pour incidence de réduire les sommes recouvrées. Du même coup, ces mesures auraient des répercussions négatives pour la plupart des créanciers.

De façon similaire, lorsqu'un logiciel est utilisé en vertu d'une licence, celui-ci fait souvent partie intégrante des biens d'une entreprise et peut même avoir été conçu sur mesure. Si le donneur de licence faisait faillite et que la licence était résiliée, l'entreprise utilisant le logiciel pourrait être mise en péril ou faire face à des coûts considérables. L'inverse est aussi vrai : si le titulaire de la licence faisait face à la faillite et qu'on pouvait trouver un acheteur pour l'entreprise, la vente pourrait être conditionnelle à la continuation du contrat de licence relatif au logiciel. Que se passerait-il alors si la licence n'était pas transférable ou que le donneur de licence n'approuvait pas le nouvel utilisateur? Dans une telle situation, la transaction pourrait achopper au détriment des autres créanciers.

Toute intervention législative aurait un effet rétroactif puisqu'elle influerait sur les modalités d'un contrat négocié par le passé. En l'absence d'une situation de faillite, un créancier serait assujetti à un ensemble de règles, tandis que dans le cas contraire il pourrait faire face à différentes règles.

Consultations

Cette question a fait l'objet d'un débat, mais tous s'entendaient sur un point commun important. Les intervenants en faveur d'une intervention législative estimaient tout simplement que l'on devrait maintenir les contrats profitables et que l'on ne devrait pas permettre aux créanciers de tirer un bénéfice exceptionnel de l'exécution de droits contractuels en cas de faillite. Toutefois, il est possible que les créanciers et les débiteurs ne s'entendent pas toujours sur le choix des contrats qui devraient être maintenus.

Bien que cette conclusion puisse être utilisée comme principe général pour toute modification apportée à la loi, les intervenants estimaient que la législation en vigueur n'avait pas besoin d'une révision importante. Ils ont fait valoir que les inquiétudes soulevées dans des secteurs précis devaient être résolues par l'application de réformes précises. Par exemple, si les baux et les contrats de licence posaient problème, on devrait modifier le système afin de se pencher sur le problème en question. Un certain appui a été manifesté en faveur d'un mécanisme qui ciblerait l'ensemble des contrats exécutoires, mais cette option a suscité un intérêt mitigé. On a par ailleurs rejeté l'idée de recourir à une formule de codification aux règles très détaillées semblable à celle qui est en vigueur aux États-Unis. Les discussions ont donc porté sur des questions précises plutôt que sur la recherche de solutions universelles.

Les points suivants ont reçu l'appui des participants :

- adopter un critère autre que le critère de « préjudice important » à l'égard des torts causés aux créanciers garantis au cours des procédures de réorganisation;
- prévoir certains délais pour permettre au syndic, dans les situations de faillite, de décider des mesures à prendre en ce qui concerne les locaux ou les lieux loués en vertu d'un bail;

- examiner les règles en vigueur concernant la procédure à suivre pendant les périodes de réorganisation à l'égard des locaux loués, car ces règles pourraient être trop favorables aux locataires;
- tenir compte des exigences en matière de propriété intellectuelle, notamment en ce qui a trait aux relations entre les donneurs et les titulaires de licences;
- chercher un moyen efficace de s'occuper des droits des actionnaires et de la « coquille » de l'entreprise.

L'Institut d'insolvabilité du Canada a proposé que le syndic des débiteurs puisse, aux termes de la LFI et de la LACC, mettre fin à des contrats, sous réserve de certaines exceptions et limites. Cette proposition ne permettrait pas simplement aux débiteurs de se retirer d'un contrat sans encourir de risques. Elle permettrait aux créanciers de présenter une réclamation pour les dommages subis, quoique le recouvrement en vertu de cette réclamation puisse être modeste. La proposition comprend par ailleurs des dispositions liées à des questions précises telles les licences en matière de propriété intellectuelle.

7. INTÉGRATION DE LA LFI ET DE LA LACC

Problématique

Les intervenants se sont demandé s'il fallait maintenir la LACC en tant que loi distincte ou la fusionner avec la LFI, et si cette dernière option était retenue, quel devrait être le degré d'intégration. Les intervenants ont exprimé des points de vue différents à cet égard.

Contexte

Le Canada compte deux lois renfermant des dispositions en matière de réorganisation, la LFI et la LACC. La LFI est accessible à toutes les entreprises tandis que l'accès à la LACC est limité aux compagnies dont les dettes totalisent plus de 5 millions de dollars. C'est habituellement le débiteur qui décide de quelle loi il se prévaudra pour réorganiser son entreprise.

L'existence des deux lois est le résultat d'une conjoncture historique. En 1923, les réorganisations en vertu de la LFI se limitaient aux débiteurs qui étaient déjà en faillite et non pas uniquement à ceux qui étaient insolvables. Au cours de la grande crise de 1929, on a instauré la LACC pour offrir un outil aux entreprises qui étaient insolvables mais pas nécessairement en faillite technique. Depuis ce temps, les modifications apportées aux deux lois ont rendu la LFI plus facile d'accès en cas de réorganisation tout en restreignant quelque peu l'accès à la LACC. Les dispositions relatives à la réorganisation en vertu de la LFI sont accessibles à l'ensemble des entreprises et sont plus

structurées, donnant ainsi lieu à un degré de certitude plus élevé par rapport au résultat prévu. Dans le cadre de la LACC, les dispositions sont moins structurées. Elles comportent des modalités plus souples et seules les entreprises dont les dettes totalisent plus de 5 millions de dollars y ont accès.

La LACC n'est utilisée couramment que depuis le milieu des années 1980, époque à laquelle diverses applications créatives en ont augmenté la popularité. La LACC a été soumise à l'examen de divers comités parlementaires et, aussi récemment qu'en 1992, on en a recommandé l'abolition.

Il est difficile de déterminer la valeur de la LACC puisqu'il n'existe aucune obligation de rendre compte de son utilisation. Les procédures instaurées dans le cadre de la LACC constituent un acte de procédure judiciaire qui n'est assujetti à la surveillance d'aucun organisme tel le BSF. Non seulement on ignore les conséquences favorables ou défavorables associées à ces procédures, mais on ne connaît pas non plus la fréquence d'utilisation de cette loi. On sait cependant qu'elle a été utilisée dans quelques-unes des plus importantes réorganisations d'entreprises canadiennes telles que Eaton's, Laidlaw et Algoma Steel.

Dans le cadre d'une réorganisation en vertu de la LACC, le tribunal nomme un contrôleur, qui n'est pas nécessairement un syndic. Le contrôleur est tenu de déposer auprès du tribunal un rapport portant sur l'état des finances du débiteur. Il s'agit d'un processus semblable à ce qui se fait dans le cadre des réorganisations en vertu de la LFI. Toutefois, aux termes de la LFI, le syndic agirait en qualité de contrôleur, et le rapport serait déposé auprès du BSF. Dans le cas des réorganisations en vertu de la LACC, la plupart des décisions sont rendues ou approuvées par le tribunal tandis que dans le cas des réorganisations en vertu de la LFI, le tribunal n'intervient qu'en cas de décision majeure et d'approbation d'une proposition qui a déjà été acceptée par les créanciers (mais pas nécessairement par l'ensemble des créanciers).

Points à considérer

L'absence de données réelles sur l'utilisation et l'application de la LACC restreint le débat sur cette question. Les intervenants ont laissé entendre que la LACC était utilisée dans plus de 50 dossiers par année, un dossier-type mettant en cause plus de 100 millions de dollars d'actifs.

L'autre question d'importance qui se pose concerne le sens à attribuer au concept d'intégration. On a proposé d'une part de prendre les dispositions, telles quelles ou sous réserve de modifications mineures, et de les intégrer à la LACC à titre de partie nouvelle et distincte. D'autre part, on pourrait constituer un seul régime qui comprendrait peut-être des dispositions distinctes à l'égard des petites et des grandes entreprises.

Les créanciers ont le sentiment que le régime de la LACC les désavantage. En raison du processus judiciaire qu'il suppose et de la plus grande souplesse qu'il comporte, on ne peut savoir avec certitude ce qui se produira dans un cas de réorganisation donné. On estime également que les créanciers disposent d'une capacité d'intervention restreinte sous ce régime. Il y a aussi des questions de nature administrative. Il n'existe aucun moyen de vérifier l'efficacité de la LACC, et le Canada est le seul pays industrialisé d'importance à posséder un régime fractionné de la sorte. Il serait plus facile d'obtenir de l'information documentaire et d'atteindre un certain degré de cohérence entre les deux textes législatifs si les dispositions étaient réunies dans une même loi.

Consultations

Les intervenants ont accordé un solide appui à l'idée d'assurer une plus grande coordination entre les deux lois et de mettre en place certains moyens de faire un suivi des procédures de la LACC. Toutefois, les participants ont énuméré quatre raisons principales pour ne pas modifier la LACC de manière substantielle :

- la souplesse de la LACC offre de grands avantages car elle permet de prendre des décisions créatives et efficaces;
- l'intégration de la LACC à la LFI pourrait assujettir les procédures instaurées sous le régime de la LACC aux prélèvements versés au BSF;
- la LACC en vigueur est supérieure aux législations comparables qui existent à l'étranger, la procédure américaine en la matière étant de deux à trois fois plus longue et beaucoup plus onéreuse;
- l'intégration des procédures de réorganisation à une loi sur la faillite peut susciter des craintes.

En règle générale, les intervenants de la collectivité juridique estiment que la LACC devrait être une loi autonome comportant quelques modifications techniques mineures. Ces modifications comprendraient les exigences suivantes : que le contrôleur détienne une licence de syndic, que l'on signale les détails des procédures relatives à la LACC au BSF et que l'on fasse en sorte que les différents intervenants aient un accès raisonnable à l'information. Ces modifications techniques ont recueilli un appui très marqué, sans égard à l'intégration éventuelle de la LACC à la LFI.

Bien que les modifications d'ordre technique aient reçu un appui de taille, la question plus vaste de l'intégration a suscité des débats importants. De nombreux participants considéraient que l'intégration de la LACC à la LFI sans y apporter de modifications créerait une situation plus simple et plus facile à comprendre pour les intervenants externes. Ils estimaient qu'il était insensé de disposer d'un mécanisme de réorganisation dans le cadre de la LFI et d'un autre à l'extérieur de celle-ci.

On s'est opposé aux commentaires selon lesquels un lien avec la LFI susciterait des craintes. Selon certains, cette structure se retrouve dans la plupart des autres régimes et ne suscite aucune crainte apparente. Cette opposition est étayée par le fait que les dispositions relatives aux réorganisations prévues aux termes de la LFI sont utilisées sans aucune difficulté apparente. Certains participants se sont également dits d'avis que l'absence de règles ou de certitude peut être difficile à expliquer aux intervenants des sphères de compétence étrangères.

On a rejeté le recours au régime américain car celui-ci est plus lent et plus onéreux. Les participants ont fait valoir que les distinctions entre les régimes des deux pays étaient telles que la simple adoption du système américain ne pourrait se concrétiser sans une adaptation plus importante au préalable du système canadien, et vice versa.

La solution plus spectaculaire d'instaurer un régime complètement intégré — qui ne comporterait pas uniquement l'intégration de la LACC à la LFI, accompagnée de certains mécanismes de contrôle supplémentaires, mais également la modification considérable des dispositions de la LACC — n'a pas été bien accueillie. Certains intervenants ont jugé que les bienfaits rattachés aux dispositions de la LACC étaient suffisamment précieux qu'il ne serait pas avantageux de trop les intégrer à celles de la LFI. Dans le même ordre d'idée, l'abrogation de la LACC a reçu un appui très mitigé, compte tenu des avantages que la loi est censée conférer.

8. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Problématique

L'enjeu consiste à se demander si les règles régissant la responsabilité des administrateurs établissent un juste équilibre entre la volonté d'attirer des administrateurs compétents et celle d'imposer un fardeau suffisamment important pour s'assurer que ces administrateurs feront preuve de diligence dans l'exercice de leurs fonctions.

Contexte

En vertu de nombreuses lois fédérales et provinciales, les administrateurs sont tenus personnellement responsables à l'égard de diverses dettes que contracte l'entreprise qu'ils dirigent. Les dettes au titre des salaires impayés, des taxes et des dommages causés à l'environnement figurent au nombre des plus importantes. Dans la plupart des cas, on reconnaît aux administrateurs la défense fondée sur le principe de la diligence raisonnable ou de la bonne foi. Toutefois, pour certaines dettes, y compris les dettes au titre des salaires impayés dans le secteur de la main-d'œuvre visé par la législation fédérale et, dans certaines provinces, les réclamations ayant trait aux dommages causés à l'environnement, les administrateurs sont assujettis à une responsabilité absolue contre laquelle il n'existe aucune défense.

La responsabilité personnelle des administrateurs est devenue sujet de préoccupation au début des années 1990 à la suite des démissions massives dans les affaires Westar Mining, Canadian Airlines et Peoples' Jewellers. Un groupe de travail du gouvernement fédéral, mis sur pied en 1992 afin d'étudier cette question, a conclu que malgré le renforcement de la responsabilité imposée aux administrateurs au cours des 20 années précédentes, le marché pouvait vivre avec la situation existante et que les risques auxquels s'exposaient les administrateurs n'étaient pas excessifs. Le groupe de travail était également d'avis que les dispositions relatives à la responsabilité personnelle incitaient grandement les administrateurs à exercer leurs fonctions convenablement.

Malgré les conclusions du groupe de travail, la question de la responsabilité des administrateurs a continué de soulever des inquiétudes. À deux occasions, le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé des mesures visant à limiter la portée des responsabilités des administrateurs dans les cas d'insolvabilité. Dans son rapport de 1996 sur la régie des sociétés, le Comité a recommandé de bonifier la LFI de dispositions traitant de la responsabilité des administrateurs au regard des salaires, et de prévoir une défense fondée sur le principe de la diligence raisonnable. On annulerait du même coup les dispositions en matière de responsabilité absolue en vigueur dans certaines provinces et dans le secteur de la main-d'œuvre assujetti à la législation fédérale pour une entreprise qui a recours aux procédures de la LFI. Dans son rapport de 1997 sur les modifications à apporter à la LFI, le Comité sénatorial a une fois de plus recommandé qu'une défense de diligence raisonnable soit intégrée à la LFI et qu'elle s'applique à toutes les responsabilités imposées aux administrateurs dans le cadre des procédures instituées en vertu de cette loi.

Points à considérer

La réduction du fardeau de la responsabilité personnelle pourrait inciter les personnes compétentes à accepter d'agir à titre d'administrateurs et à demeurer en poste lorsque leur entreprise est en situation d'insolvabilité. Cela pourrait permettre de calmer les inquiétudes de certains administrateurs à l'égard de la situation en vigueur. Ces derniers se demandent en fait si la défense fondée sur la diligence raisonnable leur procurera une protection efficace, si les fonds en fiducie des administrateurs seront maintenus et quels seront les coûts liés à leurs assurances. Par ailleurs, le maintien du niveau de responsabilité en vigueur pourrait garantir davantage que les montants que toucheront les salariés et les autres personnes protégées en vertu des dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs ne seront pas réduits en cas d'insolvabilité de l'entreprise; cela continuerait par ailleurs d'inciter les administrateurs à s'assurer que ces paiements sont bel et bien versés.

Une option serait d'intégrer la responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires directement dans la LFI; cette responsabilité s'accompagnerait de dispositions relatives

à une défense de diligence raisonnable. Cette option se traduirait par une amélioration de la protection accordée aux administrateurs dans les sphères de compétence où l'on impose une responsabilité absolue, mais réduirait la protection offerte aux salariés dans ces sphères de compétence.

L'intégration dans la LFI d'une défense fondée sur la diligence raisonnable dont la portée irait au-delà des questions salariales assurerait une meilleure protection aux administrateurs dans les sphères de compétence à responsabilité absolue. Toutefois, une telle mesure réduirait la protection offerte aux créanciers vulnérables ou involontaires qui profitent d'une protection plus stricte, notamment dans les cas de réorganisation.

Une autre option visant à améliorer la protection des administrateurs, notamment en cas de réorganisation, serait d'exonérer les administrateurs de toute responsabilité à l'égard des créances qui surviennent pendant la courte période précédant ou suivant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. L'Institut d'insolvabilité du Canada a présenté une version de cette option. Son modèle protégerait les administrateurs externes contre les responsabilités relatives à des dettes survenant au cours de la semaine précédant le début de la procédure de réorganisation aux termes de la LFI ou de la LACC. Le tribunal serait autorisé à établir des privilèges afin de protéger les administrateurs contre des responsabilités survenues après le début des procédures. Les administrateurs seraient également protégés contre les créances liées aux indemnités de cessation d'emploi.

Le type de modèle d'exonération proposé par l'Institut d'insolvabilité du Canada permettrait d'accorder une protection solide aux administrateurs en les assurant qu'ils ne seraient pas exposés à des créances accumulées venant à échéance périodiquement (comme les impôts et les salaires) qui deviennent payables juste avant le début des procédures de réorganisation. Cette approche pourrait aider à surmonter les inquiétudes qu'ont les administrateurs de se retrouver responsables de sommes potentiellement élevées, qui peuvent inciter bon nombre d'entre eux à démissionner de leurs fonctions au moment crucial où l'on tente une réorganisation. Le modèle d'exonération atténuerait ces craintes de façon significative et pourrait permettre d'éviter que des démissions surviennent à un moment où l'entreprise en réorganisation a le plus besoin des connaissances et de l'expérience de ses administrateurs. En revanche, ces puissantes dispositions pourraient réduire de manière substantielle le montant que pourraient toucher les salariés et les percepteurs d'impôts en cas d'insolvabilité.

Consultations

Les consultations n'ont permis de tirer aucun consensus sur la question du maintien ou de la diminution des responsabilités des administrateurs. Toutes les propositions de modification se sont avérées modestes. Bien que l'on ait critiqué les règles en vigueur,

aucune autre solution n'a suscité un appui significatif. Plusieurs éléments distincts ont fait surface :

- On a indiqué que les règles en vigueur ne protégeaient pas bien les administrateurs. Même lorsqu'il existe des mécanismes de défense fondés sur la diligence raisonnable, on jugeait que ces mécanismes étaient trop incertains.

- Les intérêts opposés des administrateurs internes et externes ont été abordés. Les administrateurs internes ont un grand intérêt personnel dans l'entreprise et peuvent de toute façon être à l'abri d'un jugement; ils sont donc moins susceptibles de démissionner. Les administrateurs externes pourraient avoir un intérêt personnel relativement minime dans leur entreprise et être beaucoup plus sensibles aux répercussions que peuvent avoir leurs responsabilités d'administrateur sur leur patrimoine personnel; ces administrateurs sont donc plus enclins à démissionner rapidement.

- On a indiqué que les administrateurs étaient très préoccupés par les risques qu'ils encourent en cas de réorganisation et qu'ils étaient prêts à remettre leur démission moyennant un court préavis. On a soulevé le fait que dans les cas relevant de la LACC, la pratique actuelle des tribunaux consiste à grever les actifs de l'entreprise afin de protéger les administrateurs. On a exprimé des inquiétudes quant à l'application automatique de cette pratique puisque cela pourrait se traduire par la consolidation de la position de certains administrateurs que les créanciers auraient plutôt préféré voir partir.

- On a proposé d'accorder aux administrateurs la même protection aux termes de la LFI et de la LACC.

L'intégration à la LFI de dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires a suscité peu d'appui. On n'a indiqué aucune raison valable qui pourrait justifier d'établir une distinction entre les créances salariales et les autres créances. On a fait valoir que l'enchâssement dans la LFI d'une défense d'application générale fondée sur la diligence raisonnable pourrait ne pas être une mesure efficace étant donné l'incertitude liée à ce concept et à la protection qu'il offre. Certains intervenants se sont demandés si le gouvernement fédéral aurait la compétence pour édicter de telles dispositions.

Certains participants ont manifesté leur appui à l'égard du modèle d'exonération en raison de la solide protection qu'il offrait. D'autres intervenants craignaient que ce modèle ne vienne supprimer une trop grande partie de la protection dont jouissent les créanciers vulnérables et involontaires, notamment les salariés, en vertu du principe de la responsabilité des administrateurs.

Un autre modèle proposé au cours des consultations consisterait à déployer les efforts nécessaires afin de repérer les fautes commises par les administrateurs et de s'y attaquer.

tout en exemptant ces administrateurs de toute responsabilité en cas d'insolvabilité. Quelques participants se questionnaient toutefois sur la capacité de définir le concept de « faute » et d'appliquer les mesures prescrites. Ils ont dit craindre que l'incertitude ainsi créée aurait des répercussions négatives sur la volonté des gens d'agir en tant qu'administrateurs.

9. SANCTIONS À L'ENDROIT DES ADMINISTRATEURS ET DES DIRIGEANTS POUR CONDUITE PRÉJUDICIABLE AUX CRÉANCIERS

Problématique

On s'est demandé si les sanctions actuelles pour conduite répréhensible étaient suffisamment équilibrées pour inciter les personnes compétentes à agir en qualité d'administrateurs tout en s'assurant qu'ils exécutent leurs fonctions d'administrateurs avec diligence.

Contexte

Les récentes décisions des tribunaux ont renforcé la responsabilité des administrateurs pour qu'ils veillent aux intérêts des créanciers lorsque leur entreprise devient insolvable. Au Canada tout comme aux États-Unis, les administrateurs peuvent désormais être tenus personnellement responsables s'ils omettent de le faire. Le niveau des sanctions imposées dans les deux pays est aujourd'hui passablement semblable.

L'accroissement des sanctions s'est révélé une question importante lors des précédentes réformes de la législation en matière de faillite (qui ont eu lieu avant l'apparition de la récente jurisprudence qui accroit les sanctions), mais aucune nouvelle mesure n'a été adoptée. Le rapport de 1970 du Comité Tassé recommandait des mesures pour destituer les administrateurs d'entreprises en faillite et les empêcher d'agir en tant qu'administrateurs et, dans certaines situations, pour les rendre personnellement responsables lorsque des irrégularités étaient relevées au chapitre des actifs de l'entreprise. Des dispositions tenant les administrateurs responsables des pertes subies par les créanciers ont été incluses aux projets de loi qui ont été déposés à la fin des années 1970 et au début des années 1980, sans être adoptés. En 1986, le Comité Colter recommandait que des dispositions soient ajoutées à la LFI afin de prévoir la destitution des administrateurs et la responsabilité personnelle de ces derniers en cas de « conduite irrégulière ».

Une approche différente visant à réglementer la conduite des administrateurs des entreprises insolvables a été examinée au cours des années 1990. Cette approche visait à interdire les « roulements d'actifs », qui consistent à vendre les actifs d'une entreprise en faillite à ses dirigeants, principalement ses administrateurs. Il s'agit d'une situation caractéristique aux faillites des petites entreprises. Bien que le roulement d'actif ait

soulevé des inquiétudes chez certains groupes de créanciers, aucune mesure en ce sens n'a été adoptée.

Points à considérer

La récente jurisprudence a contribué à améliorer l'efficacité de la législation canadienne en dissuadant les administrateurs et les autres dirigeants de prendre des risques excessifs dans leurs efforts visant à rétablir la solvabilité d'une entreprise. Les créanciers assument ces risques, étant donné que l'investissement qu'ont fait les actionnaires (y compris souvent les administrateurs) dans l'entreprise a déjà perdu une grande partie de sa valeur. La législation peut désormais traiter les créanciers avec plus d'équité et faire en sorte que les administrateurs et les dirigeants d'entreprises insolvables prennent leurs décisions de manière plus efficiente.

Les dispositions relatives à la destitution des administrateurs pourraient s'avérer efficaces pour écarter les administrateurs incompétents et freiner les abus. Mais celles-ci pourraient être coûteuses à appliquer avec efficacité. Selon la rigueur de ces dispositions, celles-ci pourraient également dissuader les personnes compétentes d'agir en qualité d'administrateurs parce qu'ils devraient faire preuve d'une plus grande prudence à l'égard des postes d'administrateurs qu'ils acceptent.

Les dispositions visant à interdire les roulements d'actifs permettraient de répondre aux inquiétudes des créanciers qui sont vexés de voir les dirigeants d'une entreprise en faillite créer une nouvelle entreprise en se servant des actifs qu'ils ont rachetés à faible coût de l'entreprise en faillite alors que les créanciers demeurent impayés. Considérée sous cet angle, l'interdiction des roulements d'actifs pourrait mettre en valeur l'intégrité du système des faillites. Toutefois, elle pourrait aussi empêcher le syndic d'obtenir le meilleur prix pour les actifs de l'entreprise en faillite, ce qui aurait pour conséquence de réduire les sommes que les créanciers pourraient recouvrer et faire obstacle à la meilleure réaffectation des actifs.

Consultations

Les règles en vigueur ont fait l'objet de critiques au cours des consultations, mais on a également exprimé des inquiétudes quant à l'imposition de sanctions sévères qui pourraient dissuader les personnes compétentes d'agir en qualité d'administrateurs. L'absence de mesures d'exécution a été mentionnée à plusieurs reprises. Plusieurs intervenants étaient d'avis que les sanctions actuelles seraient suffisantes si l'on consacrait plus de ressources à leur application. Dans l'ensemble, aucun appui significatif n'a été donné pour de quelconques modifications importantes en la matière puisque chacune des idées proposées serait inefficace et difficile à mettre en place.

Aucun consensus n'est apparu non plus en faveur des dispositions traitant de la destitution des administrateurs ou contre celles-ci. Certains intervenants ont affirmé que de

telles dispositions aideraient à freiner les fautes commises par les administrateurs, mais dans la seule mesure où des ressources suffisantes étaient consacrées à leur application efficace. D'autres participants se disaient préoccupés par le fait que les dispositions traitant de la destitution dissuaderaient les gens d'agir en qualité d'administrateurs et entraveraient la prise de décisions par les administrateurs.

La plupart des intervenants étaient d'avis que l'on ne devrait pas interdire les roulements d'actifs, cette pratique permettant habituellement aux créanciers de recouvrer les sommes les plus importantes et de procéder à la réaffectation des actifs la plus efficace. Certains intervenants ont déclaré que les créanciers pouvaient se protéger eux-mêmes et qu'ils n'avaient pas besoin d'une telle protection paternaliste.

On a également proposé de donner aux tribunaux le pouvoir de remplacer les administrateurs lorsque cela s'avère opportun et d'établir un répertoire national des administrateurs. Les coûts administratifs d'un tel répertoire n'ont fait l'objet d'aucune discussion.

10. TRANSFERTS INFÉRIEURS À LA JUSTE VALEUR ET PRÉFÉRENCES

Problématique

Les dispositions actuelles de la LFI à l'égard des transferts inférieurs à la juste valeur et des préférences pourraient avoir besoin d'être modernisées et approfondies.

Contexte

Les transferts inférieurs à la juste valeur et les préférences surviennent lorsqu'une partie vend des actifs pour une somme inférieure à la juste valeur (transferts inférieurs à la juste valeur) ou qu'elle effectue un paiement en faveur d'un créancier au détriment d'un autre (préférence), que ce soit lorsque le débiteur devient insolvable ou lorsqu'il le devient à la suite de cette transaction. Ces transactions figurent dans la loi car elles peuvent en certains cas être frauduleuses; dans tous les cas, de telles transactions s'effectuent au dépens des autres créanciers.

Cet aspect de la législation canadienne en matière d'insolvabilité est demeuré presque intact depuis 1919. En raison de la difficulté croissante avec laquelle on applique ces dispositions, cette question constitue désormais un problème plus criant. Les critiques émises par les intervenants laissent entendre que les dispositions, dans leur forme actuelle, sont inutilisables dans le présent contexte économique.

Compte tenu des commentaires des intervenants et des exemples recueillis auprès de quelques-uns de nos partenaires commerciaux, certaines modifications relativement simples pourraient être apportées à la législation pour la rendre plus efficace et mieux définir les transactions qui seraient assujetties à la nouvelle législation.

Le manque d'exhaustivité de la législation pose également problème. Au niveau provincial, certaines lois régissant les transactions commerciales ont également été utilisées pour traiter des transactions de nature douteuse. Une telle fragmentation (diverses lois adoptées à des paliers divers, mais traitant de questions semblables) est à la fois source de confusion et d'inefficacité. L'enjeu est de savoir si les dispositions de la législation provinciale devraient être intégrées à la législation fédérale en matière d'insolvabilité afin d'offrir un seul cadre législatif exhaustif visant les questions de faillite.

Points à considérer

Dans certains cas, les personnes ou les entreprises qui font face à la faillite ou à l'insolvabilité peuvent être tentées de réduire au minimum les pertes qu'elles-mêmes pourraient subir ou que d'autres personnes avec lesquelles elles sont associées pourraient subir. Plutôt que de tout perdre, ces personnes ou entreprises peuvent transférer des actifs à des membres de la famille ou à des associés pour un montant symbolique. Puisque les débiteurs allaient de toute façon perdre leurs actifs, ils ne subissent aucune perte. L'acheteur, quant à lui, acquiert des actifs précieux pour un montant minime. Une telle pratique a pour effet de réduire la valeur des actifs du failli et, en fin de compte, les sommes que peuvent recouvrer les créanciers. On en arrive à un résultat semblable lorsqu'un débiteur choisit de payer un des créanciers avant les autres, laissant ces derniers impayés.

Pour résoudre les problèmes que soulèvent ces types de transactions, la législation en vigueur s'intéresse aux concepts de fraude et d'intention, deux notions qui sont difficiles à prouver et qui peuvent se traduire par des litiges longs et coûteux. Il s'agit d'une façon inefficace pour faire face à de tels problèmes, mais il existe une solution. La législation pourrait être axée sur le résultat de la transaction plutôt que sur l'intention sous-jacente à celle-ci. De cette façon, si la transaction vise une réduction des actifs, peu importe l'intention, la transaction pourrait être annulée. Une telle modification comporte cependant des risques; ainsi, les créanciers qui font tout simplement preuve d'une plus grande diligence dans la perception de leurs comptes ou les tiers qui ne connaissent rien de la situation mais qui profitent d'une bonne affaire, ne pourraient plus se fier aux modalités de l'entente.

Il semble y avoir deux facteurs clés à considérer. Le premier consiste à assurer que toute modification constitue vraiment un outil efficace et réaliste pour traiter ces transactions. Le deuxième consiste à atténuer les préoccupations selon lesquelles le nouveau libellé de la loi pourrait viser certaines transactions légitimes.

Consultations

Une majorité d'intervenants se sont dits d'avis que la présente législation n'était pas claire, ce qui la rendait inefficace en raison de la difficulté, du temps et des coûts

inhérents à son application. Pour cette raison, on n'y a pas recours fréquemment, la législation provinciale étant en réalité utilisée plus fréquemment.

Les participants ont exprimé leur appui aux principes énoncés dans certaines lois étrangères, qui ne s'appuient pas nécessairement sur les principes de la fraude et de l'intention. Ces principes préconisent que l'on axe la législation sur le résultat de la transaction plutôt que sur l'intention sous-jacente à celle-ci, qu'on en élargisse la portée, notamment à l'égard des personnes qui pourraient être en cause dans une transaction pour une contrepartie inférieure à sa juste valeur. On devrait peut-être désigner ces personnes en utilisant une expression plus générale tel « partie liée ». Cette expression pourrait s'entendre de la famille, des amis, des partenaires d'affaires ou d'autres personnes proches du débiteur.

En plus d'appuyer une telle modification à la législation en vigueur, les participants ont appuyé l'idée de renforcer celle-ci en y intégrant des dispositions semblables à celles qui figurent dans la législation provinciale en matière de fraude. On a exprimé l'opinion selon laquelle une seule loi comprenant tous les éléments pertinents serait plus pratique et plus facile à utiliser. Il pourrait être nécessaire dans ce cas d'utiliser un libellé qui rendrait les lois provinciales inopérantes en cas d'insolvabilité, si cela était possible.

Des groupes de créanciers et d'autres intervenants ont fait valoir que ces modifications pourraient nuire aux créanciers qui font preuve de diligence dans la perception de leurs comptes et aux tiers qui auraient négocié une bonne affaire juste avant la faillite ou la réorganisation. Les discussions concernant le système américain ont révélé que la législation américaine contenait des dispositions offrant une certaine protection à l'égard des transactions légitimes. La protection des tiers pourrait prendre une forme toute simple, par exemple, s'assurer que les sommes qu'ils ont versées leur sont remboursées ou leur donner l'occasion de clore la transaction à la juste valeur des actifs concernés.

TROISIÈME CATÉGORIE

11. FAILLITE DES COURTIERS EN VALEURS MOBILIÈRES

Problématique

Il pourrait être nécessaire de modifier la partie XII de la LFI afin de résoudre quelques problèmes d'ordre technique qui sont survenus au cours des récentes faillites de courtiers en valeurs mobilières.

Contexte

La partie XII a été ajoutée à la LFI en 1997 afin d'offrir un régime dont on avait grand besoin pour régir les faillites de courtiers en valeurs mobilières. Son principal effet est

de se substituer au lien fiduciaire qui existe entre un courtier et ses clients. Malgré le fait qu'un courtier en valeurs mobilières détienne en fiducie des valeurs mobilières et des sommes en espèces pour le compte de ses clients qui possèdent des droits de propriété sur ces biens, la partie XII stipule que la presque totalité des titres et des sommes en espèces détenus par un courtier en valeurs mobilières doit être mise en commun et redistribuée au pro rata parmi les clients. Seules les « valeurs mobilières immatriculées » doivent être remises aux clients auxquels elles appartiennent.

Vantage Securities, une maison de courtage de Vancouver qui faisait des affaires principalement dans le domaine des fonds communs de placement, a déclaré faillite au début de l'année 1998. Le principal problème avait trait aux fonds communs de placement détenus dans des comptes de REER. Les valeurs mobilières de ces comptes ont été mises en commun malgré le souhait des clients qui auraient voulu que leurs titres soient traités comme des « valeurs mobilières immatriculées » et qu'ils leurs soient retournés. Bien que l'on ait généralement reconnu en dernière analyse que ces titres ne se qualifiaient pas en tant que « valeurs mobilières immatriculées » et que leur mise en commun était appropriée, on ne savait pas précisément de quelle façon la partie XII devait s'appliquer aux titres contenus dans ces comptes. Une telle incertitude a occasionné des délais dans l'administration de la faillite, qui a finalement été menée à bonne fin en tant que proposition en vertu de la partie III de la LFI.

Marchment Securities est une maison de courtage de Toronto qui a fait faillite en 1999. Cette entreprise détenait une grande quantité de valeurs mobilières de très faible valeur qui, aux termes de la partie XII, ont été transférées sous la forme de titres plutôt qu'en espèces. Le coût d'un tel transfert a soulevé une question quant à savoir si la partie XII devrait être modifiée afin de permettre au syndic de liquider les valeurs mobilières et de distribuer les sommes ainsi obtenues.

Points à considérer

Les questions soulevées dans les faillites de Vantage et de Marchment sont d'ordre technique et pourraient être résolues au moyen de modifications précises.

L'incertitude ayant trait à l'application de la partie XII à l'égard des transactions de fonds communs de placement en cause dans le cas de Vantage était attribuable en grande partie au recours à certaines notions empruntées à un système fondé sur le papier. Ces notions comprenaient plusieurs références aux valeurs mobilières « détenues par » une maison de courtage, l'importante définition de ce qu'est une « valeur mobilière immatriculée » ainsi que des références aux notions « immatriculée », « endossement » et « négociable ». On pourrait clarifier l'application de la partie XII aux transactions électroniques, forme sous laquelle sont traitées la plupart des transactions de fonds communs de placement, en substituant au libellé actuel un langage qui se prête mieux aux transactions électroniques.

Deux autres modifications qui pourraient être apportées à la partie XII ont trait aux problèmes issus de l'affaire Vantage. Une de ces modifications suppose la clarification de la définition de « capitaux nets » pour s'assurer que les clients des maisons de courtage bénéficient de toute augmentation de la valeur des titres qui survient entre la date de la faillite et celle de la distribution. L'autre modification vise la clarification du statut des sommes en espèces figurant dans les différents comptes de la maison de courtage en faillite.

Le problème concernant la distribution de titres de faible valeur, qui a été soulevée dans l'affaire Marchment, pourrait être résolu en autorisant le syndic à vendre de telles valeurs et à distribuer les sommes ainsi recueillies ou en imputant les coûts de distribution aux clients qui désirent recevoir leurs titres en nature.

On pourrait vraisemblablement apporter une autre modification à la partie XII. On pourrait également exiger des syndics qui vendent des titres pour réunir des fonds qu'ils vendent une quantité de valeurs diverses correspondant aux montants qu'ils détiennent. Cette modification ferait en sorte d'offrir un traitement égal et équitable aux clients.

On pourrait également désigner la date initiale à laquelle survient la faillite, c.-à-d. le moment où la maison de courtage perd sa capacité de transiger, comme la date servant pour l'évaluation des titres.

Consultations

Les intervenants se sont entendus pour dire que les problèmes actuels pourraient être résolus en apportant des modifications de nature technique précises à la partie XII du régime en vigueur.

12. *LOI SUR LES LIQUIDATIONS ET LES RESTRUCTURATIONS*

Problématique

Devrait-on restreindre l'utilisation de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* aux institutions financières en cas d'insolvabilité?

Contexte

L'application de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* relève conjointement du ministère des Finances et du ministère de l'Industrie. Il s'agit de la seule loi en vertu de laquelle les institutions financières d'importance — y compris les banques, les sociétés de fiducie et les compagnies d'assurances — peuvent être liquidées en cas d'insolvabilité. Cette loi peut aussi s'appliquer dans le cas de la liquidation d'une gamme étendue de sociétés autres que les institutions financières, y compris les organismes sans but

lucratif, solvables et insolvables. En cas d'insolvabilité, ces entités peuvent également être liquidées en vertu de la LFI.

Points à considérer

Étant donné la disponibilité de la LFI, il n'y a aucune raison apparente de permettre aux entités non financières d'utiliser la *Loi sur les liquidations et les restructurations*. En restreignant l'utilisation des dispositions de la Loi relatives à l'insolvabilité aux seules institutions financières, on favorise le maintien de l'intégrité du système en mettant en valeur le traitement constant des entreprises ayant des objectifs semblables.

Consultations

Les intervenants ne se sont pas opposés à l'idée de restreindre aux seules institutions financières l'utilisation des dispositions de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* relatives à l'insolvabilité.

13. QUESTIONS RELATIVES AU MARCHÉ DES CAPITAUX

Problématique

La suspension des procédures qui s'applique lors d'une réorganisation s'applique également aux organismes de réglementation financière tels les commissions ou les bourses de valeurs mobilières. Ces organisations s'inquiètent des répercussions que ces mesures ont eues sur leur capacité d'exercer leurs fonctions réglementaires.

Contexte

Différents organismes provinciaux de réglementation des valeurs mobilières ont approché Industrie Canada au sujet d'un fait nouveau concernant leur rôle de réglementation.

La récente jurisprudence a établi que la suspension automatique des procédures qui survient lorsqu'une entreprise présente un avis d'intention de réorganisation en vertu de la LACC, s'applique également à ces organismes provinciaux de réglementation du marché. Cette suspension des procédures empêche un tel organisme de prendre des mesures contre une entreprise qui pourrait se conduire de façon inappropriée. Il n'existe aucune information qui donnerait à penser que la suspension des procédures n'était pas destinée à s'appliquer à ces organismes de réglementation.

Points à considérer

Les commissions et les bourses de valeurs mobilières jouent un rôle important en assurant l'intégrité des marchés des capitaux au Canada. On s'inquiète de leur capacité de maintenir cette intégrité s'ils ne sont plus en mesure d'exercer leurs fonctions en raison d'une suspension des procédures. Cette situation peut survenir à un moment où

leur rôle est le plus crucial : c.-à-d. lorsqu'ils ont à traiter avec une entreprise qui éprouve déjà des difficultés financières et qui peut avoir besoin de certaines mesures de contrôle ou de supervision.

Consultations

En règle générale, les intervenants semblaient surpris d'apprendre que la suspension des procédures s'appliquait aux organisme de réglementation. Ils se sont constamment dits d'accord avec l'idée d'exempter les organismes de réglementation des dispositions relatives à la suspension des procédures. Un participant a laissé entendre qu'il n'était pas nécessaire de mettre en place une exemption générale. On estimait plutôt qu'en exemptant ces organismes de la suspension des procédures, on leur permettrait d'exécuter leur mandat.

14. RESPONSABILITÉ DU SYNDIC POUR LES OBLIGATIONS DU NOUVEL EMPLOYEUR ET LES RÉCLAMATIONS AU TITRE DES PENSIONS

Problématique

La norme en matière de responsabilité s'appliquant à un syndic qui assume le rôle de nouvel employeur doit être réexaminée.

Contexte

À titre de nouvel employeur, les syndics, les séquestres et les autres administrateurs de dossiers d'insolvabilité peuvent être tenus personnellement responsables à l'égard d'une panoplie d'obligations incombant à un débiteur en faillite ou insolvable. Les réclamations au titre des salaires et des pensions ainsi que les réclamations pour les dommages causés à l'environnement font partie de telles obligations. Un administrateur peut même ne pas être au courant des responsabilités auxquelles il pourrait être exposé lorsqu'il entreprend son travail. Bien que les paragraphes 14.06(1.1) à 14.06(1.3) de la LFI prévoient certaines mesures de protection, ils ne protègent pas tous les administrateurs contre l'ensemble des créances.

Les modifications apportées à la LFI en 1992 et 1997 semblent offrir une protection adéquate contre les réclamations relatives aux dommages causés à l'environnement, mais des inquiétudes demeurent quant aux responsabilités du nouvel employeur.

Points à considérer

Les risques liés à la fonction d'administrateur de dossiers d'insolvabilité doivent être suffisamment clairs et limités sinon personne n'accepterait de jouer ce rôle. Même s'ils n'ont pas encore posé problème, il semblerait équitable de faire en sorte que ces risques soient raisonnables.

Les intervenants se sont dits préoccupés par le fait que les administrateurs ne sont peut-être pas toujours pleinement conscients des risques qu'ils courent lorsqu'ils assument leurs fonctions. Ils pourraient notamment être assujettis à certaines responsabilités en tant que nouveaux employeurs, et ce sans égard au fait que les événements qui ont donné lieu à ces responsabilités puissent être survenus avant leur nomination.

Les types de responsabilités que les administrateurs pourraient être appelés à assumer comprennent les responsabilités au titre des paies de vacances, des indemnités de cessation d'emploi ainsi que des engagements non capitalisés relatifs au régime de pension. Les montants en cause peuvent être très substantiels et même s'accroître au cours de la période où le dossier est sous la supervision de l'administrateur. Diverses responsabilités légales relatives aux salaires et aux pensions existent dans les lois fédérales, provinciales et territoriales.

L'imposition de limites à la responsabilité des administrateurs pourraient inciter ces derniers à accepter les nominations et à s'occuper des liquidations indispensables. Si le problème ne devait pas résulter des agissements des administrateurs, alors il serait équitable de ne pas les en tenir responsables. Certains avantages peuvent également apparaître au chapitre de l'efficience; une protection accrue inciterait les administrateurs à déployer des efforts plus importants pour poursuivre les activités de l'entreprise et assurer la survie des régimes de pension. Ces limites retireraient par contre une option de recours aux employés et aux pensionnés. Tout déplacement du risque qui serait favorable au syndic augmenterait en contrepartie les risques auxquels font face les employés ou tout organisme qui verse une compensation.

Consultations

Les intervenants se sont dits fortement en faveur de l'accroissement de la protection accordée aux administrateurs de dossiers d'insolvabilité. Bien que l'imposition de certaines limites à cette protection ait été jugée appropriée afin de s'assurer que les administrateurs fassent preuve de diligence dans l'exercice de leurs fonctions, on s'est tout de même prononcé en faveur de l'élargissement de cette protection. Certains intervenants ont même proposé que les obligations relatives au nouvel employeur s'éteignent lors du recours à la faillite.

V. QUESTIONS RELATIVES À L'INSOLVABILITÉ DES CONSOMMATEURS

Au cours de la dernière année, Industrie Canada a examiné les questions relatives à l'insolvabilité des consommateurs. Le Ministère a d'ailleurs publié un document de travail en avril 2002 sur tous les problèmes soulevés dans la présente section sauf un et a tenu des consultations publiques en mai et juin 2002 sur la question. Les opinions émanant de ces consultations sont rapportées dans le présent document.

Les questions relatives à l'insolvabilité des consommateurs ont également été examinées par le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle, mis sur pied par le BSF en octobre 2000. Le Groupe de travail est composé de 23 intervenants du milieu tels des créanciers, des syndics, des conseillers en gestion du crédit, des avocats et des juges. On a demandé au Groupe de travail d'examiner les dispositions relatives à l'insolvabilité des consommateurs contenues dans la LFI, d'analyser les modèles de rechange en la matière et de formuler des recommandations en vue d'améliorer le processus. Le rapport du Groupe de travail doit être rendu public à l'automne 2002. Le Groupe de travail a examiné plusieurs des questions soulevées dans ce rapport ainsi que d'autres questions de nature principalement administrative qui ne sont pas abordées dans le présent document.

Certaines des questions abordées dans le présent rapport ont été soulevées depuis quelque temps mais n'ont pas été résolues lors des réformes précédentes. D'autres questions sont apparues de façon marquante depuis les récentes réformes, notamment l'augmentation du nombre de dossiers de faillite de consommateurs et la rationalisation de leur administration.

Le nombre important et toujours croissant des cas d'insolvabilité des consommateurs est devenu apparent après 1997. Le BSF a alors fait état de la tension qu'exerçait le nombre élevé de dossiers d'insolvabilité sur les ressources consacrées à leur administration. Par ailleurs, les intervenants du domaine de l'insolvabilité des consommateurs ont soulevé des préoccupations au sujet des liens qui pouvaient exister entre le nombre élevé de cas d'insolvabilité et la situation financière générale des consommateurs.

La question de la rationalisation est liée au nombre important et croissant de cas d'insolvabilité des consommateurs et à la pression qu'ils exercent sur les ressources du BSF. Le ministère a déterminé que la rationalisation de l'administration des dossiers d'insolvabilité des consommateurs pouvait constituer un des moyens permettant d'atténuer cette pression.

Les questions peuvent, en gros, être classées selon les trois catégories suivantes :

- les questions ayant suscité les divergences d'opinion les plus profondes parmi les divers groupes d'intervenants à l'égard de la politique à suivre. Cette catégorie comprend les exemptions fédérales et la possibilité d'accorder une exemption aux REER;
- les questions ayant suscité des divergences d'opinion importantes, mais qui peuvent vraisemblablement être surmontées à la satisfaction générale au moyen de modifications d'ordre technique. Cette catégorie regroupe les ententes de réaffirmation, la rationalisation de l'administration sommaire, l'exemption éventuelle des REEE, l'exécution d'une garantie à l'égard des biens ménagers d'un failli et le crédit-conseil obligatoire;
- les questions ayant recueilli un solide appui en faveur d'un plan d'action donné. Ce groupe englobe les privilèges des consommateurs, l'augmentation des cas de faillite de consommateurs, les prêts étudiants et les cessions de salaire.

PREMIÈRE CATÉGORIE

1. EXEMPTIONS FÉDÉRALES

Problématique

On a suggéré à plusieurs reprises que l'on devrait intégrer à la LFI une liste des actifs exempts de saisie en cas de faillite.

Contexte

La *Loi sur la faillite* de 1919 a relégué aux provinces la responsabilité de fixer des exemptions en cas de faillite. Cette question a soulevé peu d'intérêt jusqu'en 1970, lorsqu'un comité mis sur pied par le gouvernement pour examiner la *Loi sur la faillite* s'est penché sur la question. Le comité a constaté les avantages que conférerait une liste d'exemptions fédérales et a conclu qu'il n'y avait aucune raison constitutionnelle de ne pas inclure une telle liste à la législation fédérale en matière d'insolvabilité. Le comité a reconnu que les économies des diverses régions du pays pourraient dicter divers facteurs à prendre en considération lors de la détermination des biens qui devraient être exempts

de saisie. La question a été étudiée à nouveau en 1994 par le Comité consultatif de la faillite et de l'insolvabilité, nommé par Industrie Canada. Aucune modification n'a découlé de ces deux initiatives.

Points à considérer

Les exemptions jouent un rôle essentiel pour aider les personnes qui font faillite à réintégrer financièrement leur collectivité. Elles permettent à un particulier en faillite de conserver les biens considérés comme des nécessités de la vie tels les vêtements, les fournitures et accessoires d'ameublement de maison, les électroménagers, les soins et appareils médicaux, la propriété familiale (dans certains cas) ainsi que les manuels et les biens dont une personne a besoin pour gagner sa vie.

Les critiques ont fait valoir que les dispositions actuelles de la LFI, qui reconnaissent les exemptions fixées au niveau provincial, ne permettent pas d'offrir un traitement équitable aux faillis à la grandeur du pays. Les exemptions varient grandement d'une province ou d'un territoire à l'autre tant au chapitre des montants que du type de bien exemptés. Le traitement réservé aux actifs est donc fort différent suivant le lieu de résidence du débiteur et l'endroit où se trouvent les biens au moment de la faillite.

Une autre démarche proposée par le Groupe de travail suppose l'établissement d'une liste optionnelle d'exemptions fédérales qui serait rajustée périodiquement en fonction de l'inflation. Au moment où ils déclarent faillite, les débiteurs seraient libres de choisir entre les exemptions fédérales ou provinciales qui s'appliquent à leur dossier. Le Groupe de travail a proposé la liste d'exemptions suivante :

• les fournitures et accessoires d'ameublement de maison	7 500 $
• les soins et les appareils médicaux ainsi que les médicaments, prescrits pour être utilisés ou consommés par le débiteur ou sa famille	aucune limite
• un véhicule automobile utilisé pour les besoins personnels ou pour les affaires	3 000 $
• les outils et les manuels pour gagner un revenu, sauf les véhicules utilisés pour affaires	10 000 $
• la résidence du débiteur (dans le cas d'une faillite conjointe, chaque débiteur a droit à l'exemption complète)	5 000 $
• les biens immobiliers et personnels utilisés par un débiteur dont le gagne-pain est tiré de l'agriculture, de la pêche, des activités forestières et d'autres activités liées au secteur des ressources naturelles	de 10 000 $ à 20 000 $ (suivant la législation provinciale ou territoriale en vigueur)

La proposition du Groupe de travail offre une solution de rechange raisonnable aux exemptions provinciales en vigueur, tant sur le plan des montants que de l'éventail des biens visés. Elle permet également de contrer l'érosion provoquée par l'inflation grâce à l'augmentation régulière du montant maximal des exemptions. Le Groupe de travail s'efforce de tenir compte des diverses économies régionales du pays, plus particulièrement celles des Prairies et de la côte Est, qui sont grandement tributaires de l'agriculture et de la pêche.

Consultations

Il s'agit peut-être de la question la plus controversée des séances de consultation.

Certains intervenants étaient en faveur d'une liste d'exemptions fédérales et trouvaient inéquitable le manque d'uniformité des exemptions provinciales actuelles. D'autres participants considéraient que l'établissement d'une telle liste constituerait une intrusion dans un domaine déjà bien géré par les provinces et qui reflète les besoins particuliers de chaque région.

Une partie de la difficulté à atteindre un consensus venait du fait que les intervenants qui appuyaient l'établissement d'une liste d'exemptions fédérales ne s'entendaient pas sur la façon de faire. Les régimes en vigueur au Royaume-Uni et en Australie n'avaient pas bonne cote vu l'incertitude qu'ils créent en engageant les tribunaux dans le processus et l'absence de montant maximum. Le modèle avancé par le Groupe de travail a reçu un accueil beaucoup plus enthousiaste, car il cherche à atteindre une plus grande équité et laisse aux provinces la possibilité de prévoir, au besoin, certaines dispositions pour tenir compte des disparités régionales. L'idée voulant que l'on puisse choisir entre la liste fédérale et la liste provinciale a soulevé de nombreuses inquiétudes. De nombreux intervenants estiment qu'un tel choix n'assurerait pas nécessairement l'équité du système et le compliquerait encore davantage.

Finalement, parmi les intervenants qui appuyaient la mise en place d'une liste fédérale, trois groupes émergeaient : ceux qui appuyaient la proposition du Groupe de travail telle qu'elle a été présentée; ceux qui appuyaient l'utilisation d'une liste fédérale comme norme minimale à utiliser lorsque les normes provinciales seraient moindres; ceux qui appuyaient l'utilisation d'une liste fédérale en remplacement des exemptions provinciales actuelles.

De nombreux groupes se sont érigés contre l'établissement de toute liste d'exemptions fédérales, notamment quelques prêteurs nationaux qui, en dépit des avantages conférés par l'utilisation d'un système fédéral unique, ont fait remarquer que le système actuel fonctionne, qu'il est intégré à leurs pratiques d'octroi de prêts et que nombre de leurs prêts en cours sont fondés sur les règles présentement en vigueur. Les syndics ne s'entendaient pas sur l'ampleur du travail supplémentaire qu'une liste fédérale occasionnerait, mais convenaient qu'une option entre une liste fédérale et une liste provinciale

augmenterait leur charge de travail. En fin de compte, la grande question était de savoir s'il y avait un problème. La question fondamentale d'offrir un certain niveau d'équité mise à part, les intervenants se demandaient si le gouvernement fédéral devrait intervenir si certaines provinces choisissaient de ne pas moderniser leurs exemptions aussi fréquemment que d'autres. Si le seul enjeu a trait à l'équité, l'utilisation de deux listes ne réglerait rien.

Le seul consensus obtenu fut que — contrairement à ce qui se fait au Royaume-Uni — toute liste, qu'elle soit provinciale ou fédérale, devrait comprendre des limites bien déterminées. L'idée qu'il devrait y avoir une seule liste, fédérale ou provinciale, a également reçu un bon accueil.

2. EXEMPTION DES REER

Problématique

On a proposé d'exempter de saisie les régimes enregistrés d'épargne retraite (REER) comme c'est déjà le cas pour les régimes de pension agréés.

Contexte

En 1986, le Comité consultatif de la faillite et de l'insolvabilité nommé par le gouvernement recommandait qu'en cas de faillite, une exemption protège les REER de la saisie, jusqu'à concurrence de 50 000 $. En 1994, un autre comité, le Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité, a également recommandé d'exempter les REER de la saisie. Aucune de ces deux recommandations n'a été adoptée.

La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a étudié la question de l'exemption des REER dans le contexte des procédures de recouvrement des créances. Elle proposait en 1999 d'uniformiser les législations provinciales permettant l'exemption des REER. À ce jour, aucune des provinces n'a adopté les dispositions de la loi uniforme.

Points à considérer

Actuellement, les REER détenus par les banques, par les maisons de courtage ou dans des comptes de REER autogérés ne sont pas exempts de saisie en cas de faillite. À l'opposé, les sommes investies dans des régimes de pension agréés font l'objet d'une exemption aux termes des législations fédérales et provinciales sur les prestations de pension alors que les REER détenus par des compagnies d'assurances sont exemptés en vertu de la législation sur les assurances.

Certains intervenants ont dit estimer que l'on devrait accorder la même protection contre la saisie à toutes les sommes déposées dans des comptes d'épargne-retraite, qu'elles soient déposées dans des comptes de régimes de pension, des comptes REER

d'une compagnie d'assurances ou d'autres types de comptes REER. Si l'esprit de la politique gouvernementale est d'inciter les Canadiens à verser une partie de leurs revenus dans des REER pour obtenir un niveau de vie raisonnable à la retraite, alors il serait logique d'accorder aux REER conventionnels la même protection que celle dont bénéficient les REER de compagnies d'assurances et les régimes de pension agréés.

Certaines personnes se sont toutefois opposées à l'exemption des REER. Elles ont fait valoir d'une part qu'en cas de faillite, cette exemption réduirait les sommes que pourraient recouvrer les créanciers, y compris la Couronne. D'autre part, elles ont mentionné que les REER pouvaient être utilisés à d'autres fins que la retraite et que la plupart d'entre eux pouvaient être encaissés en tout temps. On se questionne donc sur la façon dont on devrait les considérer par rapport aux régimes à prestations déterminées, pour qu'il n'y ait pas d'abus. Enfin, les détenteurs de REER disposent déjà d'un mécanisme pour protéger leurs investissements en cas de faillite. Ils peuvent avoir recours aux régimes immobilisés des compagnies d'assurances qui sont insaisissables en cas de faillite.

Le Groupe de travail a recommandé une exemption des REER afin d'équilibrer les intérêts des créanciers et des débiteurs et de dissuader les comportements stratégiques en matière d'investissement. Les éléments essentiels de cette recommandation sont les suivants :

- pour faire l'objet d'une exemption, un REER devrait être immobilisé au moment de la faillite et devenir accessible uniquement à l'âge de la retraite;
- les cotisations au titre d'un REER versées par le débiteur au cours des trois années précédant la faillite ne seraient pas exemptées;
- les revenus tirés d'un REER par une personne à la retraite seraient traités comme les autres revenus et seraient assujettis aux normes de la LFI en matière de revenus excédentaires;
- le montant de l'exemption maximale serait fixé par le produit résultant de l'application de la formule suivante : le montant maximal de la cotisation au titre du REER pour l'année dans laquelle survient la faillite multiplié par le nombre d'années qui se sont écoulées depuis que le débiteur a franchi l'âge de 21 ans.

Le modèle du Groupe de travail comporte quelques avantages importants. Il garantirait que les économies sont utilisées aux fins de la retraite et non pas pour des raisons stratégiques liées à la faillite. La formule de calcul servant à déterminer le montant maximal de l'exemption du débiteur permettrait aux personnes plus âgées de conserver un montant plus important à l'approche de leur retraite. Le montant maximal de l'exemption serait vraisemblablement moins élevé que la valeur actualisée du montant auquel a droit le débiteur en vertu d'un régime de pension agréé.

Consultations

Au cours des séances de consultation tenues aux quatre coins du pays, un consensus modeste est apparu en faveur de l'exemption des REER de la saisie en cas de faillite. Un appui similaire a été accordé à la mise en place de certaines mesures de contrôle à l'égard de cette exemption. Entre toutes, cette question a suscité de nombreux commentaires écrits de la part des intervenants, en faveur de l'exemption.

Il existe deux opinions à l'égard de l'exemption des REER. Selon la première, les REER devraient être traités comme les régimes de pension agréés (RPA) et faire l'objet d'une protection en raison de l'importance que revêt l'épargne-retraite. Cette opinion est renforcée par le fait que de plus en plus de Canadiens n'ont pas de RPA sur lesquels se rabattre. En revanche, l'opinion contraire voit les REER comme n'importe quel investissement. Bien que plusieurs considèrent que l'on devrait traiter les deux régimes sur un pied d'égalité, certains se demandent si l'on ne devrait pas éliminer la protection qui met les RPA à l'abri de la saisie plutôt que d'exempter les REER. Voici quelques-unes des inquiétudes soulevées à l'égard de l'exemption des REER :

- les débiteurs peuvent déjà choisir un REER qui fait l'objet d'une protection contre la saisie. En offrant une protection rétroactive, on fournirait au failli une protection qu'il a rejetée lorsqu'il a pris sa décision d'investir;
- les consommateurs qui ont placé leurs investissements de retraite ailleurs — dans l'immobilier ou un portefeuille d'actions — devraient peut-être également avoir droit à une protection;
- présentement, les débiteurs utilisent souvent leurs REER pour rembourser leurs créanciers; il se peut qu'ils soient moins enclins à le faire si leurs REER sont protégés;
- les REER sont souvent achetés à d'autres fins que la retraite;
- cette protection offrirait une protection aux riches et ne ferait rien pour aider les personnes dans le besoin;
- des recherches supplémentaires devraient être menées afin de mieux connaître l'incidence d'une telle exemption.

Nombreux sont ceux qui ont accordé leur appui à la proposition du Groupe de travail. Selon eux, elle établit un équilibre raisonnable entre la protection offerte et le maintien de l'intégrité du système. Toutefois, même les limites proposées par le Groupe de travail ont essuyé de nombreuses critiques. En ce qui a trait au plafond de l'exemption, certains jugent que l'on ne devrait pas imposer une telle limite, comme c'est le cas d'une récente loi de la Saskatchewan, ou que ce plafond devrait simplement refléter le montant qui aurait été calculé au chapitre des cotisations permises à la personne par l'Agence des douanes et du revenu du Canada. Un intervenant a même indiqué que le montant de

ce plafond ne devrait pas être calculé en fonction de la période au cours de laquelle le failli a cotisé à ses REER, mais plutôt en fonction du temps qui lui reste pour épargner en vue de sa retraite. Pour ce qui est de la récupération des récentes cotisations, certains ont déclaré qu'une période de trois ans leur paraissait trop longue, que la récupération devrait refléter le rendement de l'investissement et que cette question pourrait être résolue en vertu de la loi existante si lesdites cotisations ont été versées dans le but de protéger des actifs. Étant donné la possibilité que les déductions fiscales peuvent avoir déjà été accordées, on s'est également interrogé sur l'incidence fiscale d'une telle récupération. La dernière mesure de contrôle abordée a trait à l'obligation d'opter pour des REER immobilisés. Certains intervenants estiment qu'une telle mesure serait difficile à mettre en application. Quant à la possibilité d'accorder au débiteur le choix d'immobiliser ses REER, c'est une fausse solution, car c'est évident que le débiteur choisira cela plutôt que de perdre son investissement.

DEUXIÈME CATÉGORIE

3. ENTENTES DE RÉAFFIRMATION

Problématique

Les intervenants se sont demandé si l'on devrait autoriser les ententes de réaffirmation qui prévoient le rétablissement d'une dette qui a été éliminée par la faillite.

Contexte

Une réaffirmation de dettes se produit lorsqu'un failli reprend ou réaffirme sa responsabilité personnelle à l'égard de dettes qui ont été éliminées en raison d'une faillite.

Les ententes de réaffirmation ne sont pas réglementées par la LFI et il n'existe aucune statistique sur l'importance de ce type d'arrangement au Canada. Les preuves anecdotiques semblent indiquer que les créanciers obligent les Canadiens qui ont fait faillite à conclure des ententes de réaffirmation à l'égard d'anciennes dettes comme condition à l'obtention de nouveaux crédits. Aux États-Unis, on estime que les débiteurs concluent ce genre d'entente dans une proportion de plus de 19 p. 100 des cas.

Il existe deux sortes d'ententes de réaffirmation. Les ententes de réaffirmation découlant de la conduite du failli prennent forme lorsque le failli continue d'effectuer des paiements à l'égard de ses dettes après la faillite même si ces paiements auraient dû cesser suite à cet événement. Les tribunaux ont maintenu les ententes de réaffirmation découlant de la conduite. On peut également établir une telle entente par l'entremise d'une entente écrite à cet effet. Il est probable que les ententes écrites soient exécutoires lorsqu'une nouvelle contrepartie ou une contrepartie suffisante est offerte. C'est le cas notamment lorsqu'un créancier accepte de fournir un nouveau prêt à un failli.

Points à considérer

Notre législation en matière de faillite offre aux Canadiens l'occasion de se prévaloir d'un nouveau départ, soulagés du fardeau que représentent les dettes qui leur sont impossibles à gérer. Les créanciers ne peuvent plus exiger le paiement des dettes qui existaient avant la faillite. Néanmoins, les faillis et les créanciers semblent conclure des ententes qui ont pour effet de réactiver ces dettes, ce qui risque d'amenuiser les avantages conférés par le principe du nouveau départ.

Les décisions judiciaires qui confirment les ententes de réaffirmation ont été prises à partie car elles entachent le principe du nouveau départ. On a mentionné que bon nombre de faillis ne comprennent pas que le fait de continuer à payer une dette peut contribuer à sa réaffirmation. Par conséquent, des créanciers pourraient exiger qu'un débiteur continue à payer une dette après qu'il a fait faillite, peu importe si la dette a été éliminée par suite de la faillite. En revanche, la réaffirmation peut être le seul moyen que possède un débiteur en faillite pour obtenir à nouveau du crédit.

Le Groupe de travail a conclu que la LFI devrait limiter la portée des ententes de réaffirmation. Selon le Groupe de travail, on devrait interdire le recours aux ententes de réaffirmation dans le cas de transactions non garanties. Toutefois, le débiteur pourrait faire certains paiements après en avoir reçu l'autorisation du séquestre officiel ou du tribunal. Il en irait de même pour les paiements faits volontairement à un membre de la famille. Le Groupe de travail a recommandé que l'on autorise les ententes de réaffirmation relatives à des transactions garanties dans des circonstances précises seulement. Les principales recommandations du Groupe de travail vont comme suit :

- les ententes de réaffirmation doivent être consignées par écrit et conclues dans les neuf mois suivant la date de la faillite;
- les actifs concernés doivent demeurer la possession du failli ou de sa famille;
- le failli doit avoir le droit d'annuler toute entente de réaffirmation dans les 90 jours de sa signature;
- les ententes de réaffirmation doivent être déclarées aux créanciers;
- le montant pouvant faire l'objet d'une réaffirmation ne doit pas être supérieur au solde de la dette au moment de la faillite ni excéder un certain pourcentage de la valeur des actifs;
- la perception d'une dette réactivée ne respectant pas ces exigences devrait constituer une infraction à la loi.

Une autre option serait d'interdire toute entente de réaffirmation de la part d'un failli, sans égard à la situation. Cette approche serait cohérente avec le principe de nouveau

départ et placerait le failli dans une meilleure situation financière après avoir été libéré de sa faillite. Cela pourrait toutefois avoir des répercussions sur la disponibilité du crédit.

Consultations

En général, les intervenants se sont prononcés contre toute intervention législative pour régir les ententes de réaffirmation, sauf dans certaines circonstances particulières. En fait, on a répété à plusieurs occasions que malgré le fait que certaines dettes puissent être renégociées — par exemple, les prêts hypothécaires — les efforts déployés pour rembourser des dettes qui ont été éliminées par la libération devraient être encouragés, voire même récompensés.

Les intervenants s'inquiétaient du fait que, si elles sont relativement fréquentes aux États-Unis, les ententes de réaffirmation ne sont pas monnaie courante au Canada. Dans les dossiers où ces ententes sont survenues, on a noté très peu de cas de conduite répréhensible de la part des créanciers. En revanche, les intervenants sont fortement en faveur d'un contrôle des ententes de réaffirmation lorsque le créancier utilise la contrainte pour inciter le débiteur à rembourser les sommes dues. Certaines inquiétudes ont par ailleurs été soulevées à l'égard des cas de réaffirmation découlant de la conduite du failli. Toutefois, ce problème peut prendre différentes formes pouvant exiger des analyses distinctes. Mentionnons, par exemple, les dettes garanties en regard des dettes non garanties ou les cas où un contrat s'est perpétué en raison de la conduite des deux parties par rapport à un autre contrat dont on a simplement fait renaître la dette.

Les participants ont clairement exprimé certaines inquiétudes à propos des abus. Toutefois, en l'absence de preuves qu'un problème digne de mention existe et étant donné que plusieurs estiment qu'il s'agit d'une bonne chose lorsque le geste est posé par le débiteur, il ne semble pas y avoir de volonté réelle d'agir pour changer la situation. Les syndics ont expliqué que, dans le cours normal de leurs fonctions, ils mettent habituellement les débiteurs en garde contre cette sorte de situation et leur expliquent qu'ils ne sont pas obligés de rembourser les dettes. Quelques créanciers se sont dits contre les ententes de réaffirmation puisque ces dernières permettent aux faillis de rembourser certains créanciers au détriment des autres, ce qui justifie l'élimination de ce genre d'entente.

La situation où une entente de réaffirmation peut être dans l'intérêt des deux parties a aussi été soulevée; on voulait s'assurer que ce genre d'entente demeure possible. Les exemples exprimés avaient trait aux locaux et aux véhicules.

La proposition du Groupe de travail a reçu un certain appui et, bien que les intervenants aient reconnu la distinction entre les dettes garanties et les dettes non garanties, l'opinion générale suppose que rien ne justifie l'établissement d'une distinction entre les créanciers. En tenant compte des inquiétudes sur la façon de superviser les ententes

de réaffirmation et de l'opposition très forte à la recommandation du Groupe de travail voulant que des remboursements incorrects exposent le créancier à des sanctions criminelles, il appert que les intervenants souhaiteraient que toute mesure de contrôle soit axée sur les ententes conclues sous la contrainte et sur les réaffirmations découlant de la conduite du débiteur.

4. RATIONALISATION DE L'ADMINISTRATION SOMMAIRE

Problématique

On a proposé de simplifier les procédures relatives aux faillites de consommateurs, particulièrement dans le cas des débiteurs à revenu modeste dont les actifs n'ont qu'une valeur symbolique.

Contexte

À l'origine, la législation canadienne en matière de faillite a été élaborée pour solutionner les faillites commerciales. Les dispositions relatives à l'administration sommaire, qui étaient destinées à offrir une façon plus facile et moins coûteuse d'administrer le processus de faillite à l'égard des débiteurs ayant peu d'actifs, n'ont été ajoutées à la *Loi sur la faillite* qu'en 1949.

Les procédures relatives à l'administration sommaire s'appliquent aux faillites de débiteurs non constitués en personne morale et dont le montant des actifs réalisables n'excède pas 10 000 $. Dans le cas des dossiers assujettis à l'administration sommaire, plusieurs des exigences procédurales du processus d'administration complet sont mises de côté ou rationalisées. Par exemple, il n'est pas nécessaire de procéder à la publication d'un avis de faillite dans le journal, certains des formulaires sont simplifiés, les réunions de créanciers se tiennent uniquement sur demande, la nomination d'inspecteurs n'est pas nécessaire et les procédures que doit suivre le syndic au chapitre de la comptabilité et de la libération sont simplifiées. Le processus demeure néanmoins assez complexe. Il nécessite une entrevue initiale d'évaluation du débiteur par le syndic, l'envoi d'avis de faillite aux créanciers, un état des affaires du débiteur et des formulaires ayant trait à la réunion des créanciers ainsi que des pièces justificatives relatives aux créances. Le syndic est tenu de préparer un rapport faisant état des affaires du failli, de la raison de sa faillite, de la conduite du débiteur avant et après sa faillite, d'autres questions relatives à la décision d'accorder ou non une libération sans condition lorsque le débiteur a un revenu excédentaire, une recommandation quant à savoir si le débiteur devrait être libéré et un état des revenus et dépenses faisant état de toutes les sommes reçues et de tous les débours. Le BSF et les créanciers ont le droit d'intervenir à diverses étapes du processus afin de convoquer une réunion de créanciers, pour s'opposer aux recommandations du syndic ou à la libération du failli.

Points à considérer

Au cours des dernières années, les faillites de consommateurs touchant des débiteurs ayant un faible revenu et possédant peu ou pas d'actifs ont compté pour une grande proportion des faillites. Dans la plupart de ces cas, il n'était pas question de malhonnêteté ou de fautes et il n'y avait donc aucune raison pour mener une enquête. Le pire que l'on puisse dire, c'est que le débiteur réussit mal à gérer ses finances et qu'il est submergé par ses dettes. Les créanciers ont peu de raisons de s'intéresser à ces dossiers. Leurs chances de recouvrer un montant sont plutôt minces. Il semblerait plus rentable de tenter de traiter ces faillites aussi vite et à un coût aussi faible que possible.

L'ensemble des coûts liés à l'administration de ces faillites peuvent s'avérer élevés. Ces dossiers nécessitent du temps et de l'énergie de la part du syndic, du BSF, des créanciers et des tribunaux ainsi que du débiteur. Il y aurait place à une certaine rationalisation. Le Groupe de travail a élaboré une approche en ce sens. Cette approche maintiendrait le processus actuel d'administration sommaire mais le modifierait pour en éliminer les procédures qui n'ajoutent aucune valeur au dossier. Les créanciers, le BSF et les syndics pourraient intervenir dans certains cas de faillite assujettis à la procédure d'administration sommaire au besoin. Par exemple, leur droit d'intervention pour convoquer des réunions ou pour demander de l'information serait maintenu. Conformément à cette approche, certaines tâches administratives clés, telles la préparation du rapport du syndic sur la libération du failli et la distribution de l'état des revenus et débours, ne seraient accomplis que si les créanciers le réclamaient.

Cette approche réduirait sensiblement le fardeau administratif de l'administration sommaire en cas de faillite. On a évalué que dans approximativement la moitié des cas d'administration sommaire, il ne serait pas nécessaire d'exiger du syndic qu'il prépare un rapport ou qu'il distribue l'état des revenus et débours aux créanciers. Il y aurait tout de même encore des coûts administratifs importants. Le syndic devrait toujours réaliser des entrevues d'évaluation; les créanciers auraient toujours la possibilité d'intervenir dans le processus pour convoquer une réunion des créanciers, pour demander des rapports ou des copies de l'état des revenus et débours ou pour s'opposer à la libération du failli. Toutes ces tâches occasionneraient des coûts. Par contre, en permettant une certaine participation du débiteur et en autorisant les créanciers à intervenir, on s'assurerait que la LFI continue de mettre en valeur l'intégrité du système de crédit à la consommation et on préviendrait les abus.

Une modification plus radicale supposerait que l'on détermine d'entrée de jeu si le consommateur entre dans la catégorie des débiteurs à faible revenu ayant peu d'actifs; à partir de ce moment, les créanciers n'auraient pratiquement plus l'occasion d'intervenir, et aucune information autre que l'avis de la faillite du débiteur ne serait communiquée. Les coûts administratifs seraient ainsi réduits à leur plus simple expression. La *Commonwealth Bankruptcy Act* d'Australie renferme une procédure

semblable. En vertu de ce régime, le débiteur communique sa décision de faire faillite, souvent par la poste, et les créanciers n'obtiennent guère plus que l'avis de la faillite.

Un défi majeur de cette approche serait de protéger l'intégrité du système de crédit et de prévenir les abus. On pourrait, à cette fin, prévoir un délai de trois ans avant de libérer le débiteur. Au cours de cette période, le débiteur serait tenu de déclarer ses revenus et de verser ses revenus excédentaires à l'actif de la faillite. Cette période de trois ans équivaudrait au délai s'appliquant aux propositions de consommateurs typiques. En fait, un débiteur insolvable envisageant de recourir à la LFI pour solutionner ses problèmes pourrait négocier avec ses créanciers, dans le cadre des dispositions de la LFI relatives aux propositions de consommateurs, un plan de remboursement partiel de ses dettes sur une période de trois ans. Autrement, il rembourserait une partie de ses dettes de façon involontaire en faisant faillite et en versant ses revenus excédentaires à ses créanciers pendant cette même période de trois ans. Cette approche aurait un effet dissuasif sur les débiteurs qui considèrent la faillite comme un moyen facile de se départir de leurs dettes et les inciterait à faire le maximum d'efforts pour régler ces dettes en dehors du système de faillite ou négocier une proposition de consommateur.

La mise en place d'un régime radicalement rationalisé réduirait davantage les coûts administratifs. En prévoyant un délai de trois ans avant la libération du failli, un tel régime inciterait le recours à la proposition de consommateur et ferait en sorte que les obligations du débiteur en faillite se rapprochent davantage de celles que doivent assumer les débiteurs qui optent pour la proposition de consommateur. En revanche, ce régime amoindrirait la capacité de la LFI de protéger l'intégrité du système de crédit et de contrer les abus. Il faudrait se fier davantage à l'honnêteté du consommateur lorsque celui-ci présenterait l'état de ses affaires et de ses revenus. Cette manière de procéder laisserait également moins de place à la surveillance de la conduite du débiteur par le BSF, les syndics et les créanciers. La prescription d'un délai de trois ans permettrait de vérifier les motifs qui incitent les débiteurs à abuser du système, mais elle ferait en sorte que l'on déroge de façon marquante au principe de nouveau départ.

Consultations

Bien qu'une éventuelle rationalisation ait reçu un appui, la plupart des intervenants s'entendaient à dire qu'une telle rationalisation devrait consister en modifications sélectives plutôt qu'en une refonte en profondeur du système.

En général, les intervenants trouvent que le système en vigueur fonctionne bien et qu'il est bien considéré à l'échelle internationale. Toutefois, on estime que des améliorations pourraient être apportées afin d'épargner temps et argent. Par exemple, l'utilisation d'un système d'enregistrement électronique des documents a recueilli l'appui des participants. Quelques-uns ont même proposé que l'on devrait attendre que le BSF ait terminé sa

transition vers l'enregistrement électronique avant de modifier le système. Cela permettrait de voir son incidence sur le système.

L'idée de procéder à une rationalisation radicale qui permettrait de réduire considérablement la paperasse et de simplifier le processus n'a reçu aucun appui. On s'inquiète principalement du fait qu'une rationalisation radicale puisse ouvrir la porte aux abus dans un système déjà en butte à de nombreuses critiques sur sa facilité d'accès. Ce point a été soulevé non seulement par les créanciers, mais aussi par les syndics et les autres groupes. Les syndics ont également indiqué que leur travail n'était pas uniquement de nature financière et qu'ils devaient investir beaucoup de temps pour conseiller les débiteurs. Le failli est souvent désemparé; l'approche radicale éliminerait une bonne partie de la relation personnelle entre celui-ci et le syndic, ainsi que la capacité de ce dernier d'offrir des conseils financiers ou autres. L'éventuelle prolongation du délai de libération offerte par l'approche radicale est également considérée comme injuste pour les consommateurs qui se prévalent du processus d'administration sommaire. La responsabilité qui échoit au failli est un dernier sujet de préoccupation. Celui-ci devrait en effet interpréter et remplir lui-même les divers formulaires sans aucune aide, ce qui, aux dires des syndics, pourrait s'avérer difficile, même pour le débiteur le mieux intentionné. Cela pourrait avoir une incidence sur l'intégrité et la fiabilité du processus.

La proposition avancée par le Groupe de travail a reçu un certain appui parce qu'elle suggère un juste équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs dans les dossiers où le débiteur possède peu d'actifs et de faibles revenus. Toutefois, plusieurs participants ont indiqué qu'ils considèrent que l'obligation de faire le rapport imposée par l'article 170 de la LFI est utile pour de nombreuses raisons et que cette procédure devrait être conservée.

Il est intéressant de mentionner que l'idée de prolonger le délai de libération, peut-être jusqu'à quinze mois, est revenue à plusieurs reprises au cours des consultations et qu'elle a recueilli un assez fort soutien. Cette approche permettrait le passage d'un cycle fiscal complet, accorderait plus de temps pour conseiller le débiteur et permettrait de s'assurer que les obligations relatives au paiement du syndic sont honorées.

À part la question du délai de libération, la plupart des propositions déposées avaient trait à des considérations d'ordre technique sans répercussions importantes sur le système. Dans l'ensemble, les intervenants ne voyaient pas pourquoi on devrait s'engager dans une rationalisation draconienne qui modifierait les principes fondamentaux qui sous-tendent le système actuel.

5. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES

Problématique

Devrait-on mettre à l'abri de la saisie les cotisations versées à un Régime enregistré d'épargne-études (REEE) lorsque le titulaire de ce REEE fait faillite?

Historique

Les REEE qui existent, sous diverses appellations, depuis 1960 ont connu deux changements importants durant cette période : ils ont obtenu le statut d'abri fiscal et sont devenus admissibles à un programme de cotisation équivalente du gouvernement fédéral, qui y contribue en proportion des sommes versées par le titulaire (jusqu'à concurrence de 4 000 $ par année). Si le titulaire fait faillite, le solde des comptes peut être saisi pour rembourser les créanciers et, dans un tel cas, les cotisations versées par le gouvernement lui sont rendues.

Un compte de REEE peut généralement être liquidé avant qu'il ne soit utilisé pour des études. Le produit de cette liquidation devient alors la propriété du titulaire du compte, habituellement un des parents de l'enfant auquel le REEE était destiné.

Points à considérer

Est-il équitable d'exempter les REEE de la saisie, même s'il faut tenir compte de la question d'intérêt public qu'est l'éducation? Le grand enjeu consiste à trouver l'équilibre entre les deux.

Les dispositions prises par le gouvernement pour accorder aux REEE le statut d'abri fiscal et des contributions financières montrent sans contredit qu'il appuie le recours à ce mode d'épargne et qu'il voit dans les REEE un moyen efficace de favoriser l'éducation. De toute évidence, l'éducation enrichit la société; toutefois, l'exemption des REEE de la saisie en cas de faillite nuit aux créanciers.

Les créanciers et les spécialistes de la faillite ont exprimé des inquiétudes à l'égard d'exemptions supplémentaires en cas de faillite. Dans un premier temps, il a paru évident que toute nouvelle exemption aurait réduit la taille de l'actif dont le produit peut être distribué aux créanciers, occasionnant ainsi à ces derniers des pertes plus importantes. Bien que la perte supplémentaire absorbée par un créancier donné dans une faillite donnée puisse somme toute s'avérer modeste, la perte globale des créanciers dans l'ensemble des dossiers de faillite pourrait être assez considérable. On s'est également inquiété du fait que toute exemption et tout octroi de priorités supplémentaires iraient peu à peu à l'encontre de l'objectif fondamental de la faillite, qui consiste à redistribuer le produit de la liquidation de l'actif le plus efficacement et le plus équitablement possible.

Consultations

Cette question a été discutée dans chacune des villes visitées, y compris Ottawa, où des représentants de l'Association des distributeurs de REEE du Canada ont fait un exposé. On s'est demandé si les REEE devraient être exemptés en cas de faillite, question très semblable à celle concernant les REER, où tout est centré sur le bien public et l'équité envers toutes les parties concernées.

En général, on considère les REEE comme un investissement louable, opinion partagée par les participants aux séances de consultation. Bien que cette question n'ait pas suscité de longues discussions, les commentaires étaient favorables à l'exemption des REEE; toutefois, on s'est dit d'accord avec la mise en place de conditions semblables à celles dont il a été question dans le dossier des REER, par exemple l'obligation de cotiser à un REEE immobilisé. La proposition de l'Association des distributeurs de REEE du Canada avançait également l'idée d'une récupération des cotisations versées au cours des années précédant la faillite.

Une autre proposition suggérait que les REEE soient constitués de manière à satisfaire aux caractéristiques propres aux fonds en fiducie, ce qui les placerait à l'abri de la saisie. Cette option réduirait quelque peu la flexibilité des REEE.

6. EXÉCUTION D'UNE GARANTIE À L'ÉGARD DES BIENS MÉNAGERS D'UN FAILLI

Problématique

Les contrats de garantie à l'égard des biens ménagers d'un débiteur sont parfois exécutoires à la suite d'une faillite. La question est de savoir si cette situation devrait être changée.

Contexte

Dans la plupart des provinces canadiennes, les créanciers peuvent prendre en garantie les biens personnels se trouvant dans la résidence d'une personne. Dans les cas où le consommateur deviendrait insolvable ou ferait faillite, un créancier, en menaçant de saisir les biens concernés, pourrait obtenir un montant supérieur à leur valeur réelle en tirant avantage de la volonté du débiteur de conserver ces biens. Cette tactique est employée régulièrement dans le cas des véhicules personnels, qui peuvent être essentiels pour la famille d'une personne ou pour fins d'emploi.

Cette pratique a été vivement critiquée par plusieurs commentateurs qui soutiennent qu'elle est abusive et inéquitable pour le failli et sa famille. Elle a été rejetée aux États-Unis aux termes du *Bankruptcy Code*, et dans certaines provinces. Le Groupe de travail s'est longuement penché sur le sujet et a souligné les inquiétudes qu'il soulevait.

Points à considérer

Les droits des créanciers garantis sont rarement touchés par une faillite. La LFI ne renferme aucun mécanisme pour protéger les biens personnels d'un failli qui seraient autrement exemptés en vertu de la législation provinciale. Par ailleurs, l'absence de recours permettant au débiteur de protéger la valeur nette réelle qu'il détient dans ses biens ou lui permettant de conserver ces biens au moyen d'une forme quelconque d'entente négociée avec le créancier garanti a fait l'objet de critiques et a été jugée injuste et punitive.

Le *Bankruptcy Code* américain prévoit une meilleure protection pour les biens personnels détenus principalement pour une utilisation personnelle, familiale ou pour les besoins résidentiels. C'est également le cas pour les outils et les manuels utilisés aux fins d'emploi. Les garantie touchant ces actifs, autres que les sûretés données en garantie du prix d'acquisition, ne sont pas exécutoires lorsque lesdits actifs ont été acquis en utilisant les sommes empruntées.

Le Groupe de travail a recommandé que l'ensemble des sûretés accordées sur la valeur de non-acquisition d'un bien ne soient pas exécutoires en cas de faillite et de proposition de consommateur. Il a également recommandé une protection accrue pour les actifs insaisissables, y compris une obligation pour les créanciers garantis de payer le montant exempté avant de se prévaloir de leur sûreté.

Les recommandations du Groupe de travail répondraient aux principales critiques formulées au sujet de l'état actuel de la législation. L'imposition d'une limite à la portée des sûretés touchant les biens ménagers pourrait toutefois restreindre l'accès au crédit pouvant servir à l'achat de ces articles.

Consultations

Les intervenants étaient fortement en faveur de l'instauration de mesures de contrôle à l'égard des ententes qui utilisent à titre de garantie des biens ménagers qui, autrement, seraient à l'abri de la saisie. On estime toutefois que des biens donnés en garantie de leur propre prix d'acquisition devraient être saisissables alors que ces mêmes biens devraient être exempts de saisie lorsqu'ils sont donnés en garantie pour l'achat d'autres biens. Bien que cette question, comme plusieurs autres, peut être résolue au moyen de la législation provinciale en matière de consommation, elle semble différente parce que de nombreux intervenants considèrent que de telles ententes constituent beaucoup plus un outil de recouvrement qu'un accord de sûreté.

Si plusieurs intervenants trouvaient que ce problème pourrait lui aussi être éventuellement résolu par les provinces et que, de toute façon, les faillis concernés acceptaient d'offrir leurs biens ménagers en garantie, ce point de vue était minoritaire. Les intervenants en faveur de l'établissement de mesures de contrôle ont avancé les raisons suivantes :

- bien souvent, le failli n'est pas pleinement conscient de la signification réelle de l'entente qu'il signe;
- selon l'expérience des intervenants, les créanciers n'ont généralement pas l'intention de saisir les biens mais plutôt d'utiliser l'entente pour exercer de la pression sur le failli pour que celui-ci paie les sommes dues;
- ce type d'entente n'est pas utilisé par la majorité des intervenants du milieu du crédit. L'interdiction de telles ententes n'aurait vraisemblablement pas d'incidence sur la disponibilité du crédit.

Alors que le modèle américain n'a pas reçu un accueil très chaleureux étant donné les nombreuses interventions judiciaires dans de tels dossiers, le modèle avancé par le Groupe de travail a reçu un large appui. Les critiques émises à l'endroit du modèle du Groupe de travail semblaient plutôt de nature technique. On a entre autres souligné la nécessité d'établir des définitions claires et la difficulté que représente l'évaluation des actifs. Selon l'opinion générale, au moins deux questions devraient être traitées. Premièrement, à moins qu'on ne soit en présence d'une sûreté en garantie du prix d'acquisition, ces accords de sûreté devraient être inapplicables lorsqu'ils visent des biens qui seraient autrement exempts de saisie. Deuxièmement, bien que les véhicules fassent souvent l'objet d'une exemption provinciale et d'une sûreté en garantie du prix d'acquisition, ils sont souvent utilisés comme garantie et constituent un actif à part entière qui peut, contrairement aux biens ménagers, faire l'objet d'une revente. Par conséquent, on estime que les véhicules devraient peut-être obtenir un traitement différent des autres biens ménagers pour lesquels les accords de sûreté sont utilisés comme tactique de pression sur le failli.

7. CRÉDIT-CONSEIL OBLIGATOIRE

Problématique

Un débiteur qui a fait faillite ou qui a fait une proposition de consommateur est tenu de participer à des séances de consultation. La question est de savoir si cette participation devrait être facultative.

Contexte

Les dispositions relatives au crédit-conseil obligatoire ont été ajoutées pour la première fois à la LFI en 1992. En vertu des dispositions de 1992, le syndic était tenu de faire en sorte que la personne en faillite puisse participer à des séances de consultation. Le syndic pouvait également prévoir de telles séances de consultation à l'intention d'une personne « financièrement liée » au failli. Les frais devaient être payés à même les actifs du failli. Les faillis qui refusaient ou qui négligeaient de participer à des séances de

consultation devenaient inadmissibles à la libération automatique. La consultation était aussi obligatoire pour les débiteurs qui déposaient une proposition de consommateur.

Le programme de consultation a été évalué par le BSF en 1994, puis à nouveau en 2001. L'évaluation de 2001 a révélé que les conseillers et les débiteurs étaient alors beaucoup plus favorables à la consultation qu'en 1994. La majorité des conseillers et des personnes insolvables étaient en faveur du crédit-conseil obligatoire, surtout en ce qui concerne la première séance qui porte sur l'éducation en matière de gestion financière. Les conseillers ont estimé que le programme avait des retombées positives sur le changement de comportement et sur la capacité des personnes insolvables d'éviter de faire de nouveau faillite. Les personnes insolvables sont très optimistes quant aux effets de la consultation sur leur capacité de gérer leurs finances.

Les évaluateurs ont conclu que le programme de crédit-conseil obligatoire devait se poursuivre, en soulignant qu'une majorité de conseillers et de personnes insolvables estiment qu'il s'avère efficace pour transmettre des connaissances et des compétences utiles. Le rapport d'évaluation a révélé que l'appui en faveur du crédit-conseil obligatoire avait augmenté entre 1994 et 2001.

Points à considérer

Les évaluations du programme de consultation indiquent que la consultation procure des bienfaits importants : elle produit des changements de comportement positifs chez les débiteurs insolvables, augmente leur capacité de gérer leurs finances et leur fournit des connaissances et des compétences utiles. De plus, la consultation semble avoir peu de répercussions sur les coûts d'opération. Les coûts associés au programme de consultation offert à un débiteur insolvable doivent être payés à même les actifs, ce qui revient à dire qu'ils sont payés par les créanciers. Essentiellement, les créanciers fournissent un service de grande valeur aux débiteurs, mais un service qui procurera des avantages aux créanciers dans l'avenir dans la mesure où le débiteur améliorera la gestion de ses finances.

Une solution de rechange consisterait à rendre le crédit-conseil facultatif, à la discrétion du débiteur, du syndic ou du BSF. La consultation au gré du débiteur ferait en sorte que seuls les débiteurs qui considèrent la consultation avantageuse s'en prévaudraient. On peut présumer que le niveau de rétention des renseignements fournis à ces débiteurs serait plus élevé que dans le cas de débiteurs qui ne participent à ces séances de consultation que parce qu'ils y sont obligés. Quoi qu'il en soit, les avantages nets du crédit-conseil facultatif pourraient ne pas être plus significatifs que dans le cas du crédit-conseil obligatoire parce qu'un certain nombre de débiteurs qui ne participeraient pas à des séances de consultation de leur propre chef pourraient en retirer des avantages.

Consultations

Il s'est dégagé un consensus selon lequel on devrait rendre le crédit-conseil obligatoire en y apportant quelques améliorations; quelques questions ont toutefois été soulevées quant à la valeur du crédit-conseil dans certaines circonstances.

En général, les intervenants considéraient que le crédit-conseil est un outil précieux pour aider les faillis à améliorer leur relation avec l'argent et leur capacité de suivre un budget. Ils étaient d'avis qu'il peut réduire les faillites répétées. Plusieurs syndics qui offrent cette formation ont affirmé que leur aptitude à transmettre leurs connaissances s'était améliorée et qu'ils exerçaient leurs fonctions beaucoup mieux qu'au début. Ils ont également mentionné que le matériel didactique et la formation pourraient être améliorés. On s'est également demandé, sans pouvoir arriver à une réponse qui, des syndics ou des conseillers externes, seraient les mieux placés pour offrir le crédit-conseil.

Un thème est revenu à plusieurs reprises lors des discussions sur le crédit-conseil. Bien que l'on ait reconnu la valeur du crédit-conseil au moment de la faillite, on s'est demandé s'il ne serait pas préférable de le conjuguer à un programme éducatif approfondi en matière de finances personnelles à l'intention des jeunes. Selon de nombreux intervenants, il faudrait aborder la question en profondeur au niveau secondaire et même avant. L' Association des banquiers canadiens a pour sa part indiqué qu'elle parrainait actuellement un programme national facultatif qui fait des exposés auprès des étudiants. On a également soulevé le fait qu'en Colombie-Britannique, une partie du programme d'études de niveau secondaire était consacrée à ce sujet. On a enfin suggéré qu'il serait peut-être avantageux de mieux informer les débiteurs avant que ces derniers puissent se déclarer en faillite, peut-être en engageant des conseillers indépendants. Les syndics ont toutefois indiqué qu'ils consacraient déjà beaucoup de temps à renseigner leurs clients et à s'assurer que la faillite est la meilleure voie à suivre, allant même jusqu'à aiguiller certaines personnes vers d'autres organismes ou à leur indiquer d'autres avenues.

D'un point de vue technique, on s'est montré très en faveur de crédit-conseil supplémentaire, par exemple en offrant une troisième séance de formation obligatoire. L'idée que le crédit-conseil devrait devenir un préalable nécessaire à l'obtention d'une libération et que l'on devrait aussi revoir le calendrier des séances de formation existantes a également recueilli un appui important.

Les critiques les plus fréquentes à l'égard du crédit-conseil obligatoire épousaient deux courants de pensée. Selon le premier, si les séances de crédit-conseil sont données au moment où la personne se retrouve en faillite, il est trop tard pour qu'elles soient efficaces ou donnent des résultats. Bon nombre de ceux qui pensaient ainsi approuvaient l'idée d'un programme d'éducation précoce. Selon le second courant de pensée, dans de nombreux dossiers, la faillite ne découle pas d'une mauvaise gestion de la part du

failli, mais plutôt de l'échec d'une entreprise, de la perte d'un emploi ou d'une rupture conjugale. Les syndics ont indiqué que, dans ce genre de circonstances, le processus de crédit-conseil pouvait être à la fois embarrassant et improductif tant pour eux-mêmes que pour le failli. Bien que plusieurs autres intervenants aient partagé cet avis, bon nombre jugeaient qu'il serait trop difficile de créer une exemption et de distinguer les faillis n'ayant pas besoin de formation. Dans ce contexte, il semblerait que la meilleure solution soit de conserver l'obligation rattachée à cette formation.

TROISIÈME CATÉGORIE

8. PRIVILÈGES DES CONSOMMATEURS

Problématique

Les consommateurs qui déposent une somme d'argent pour l'achat de biens ou de services auprès d'un vendeur, mais qui ne reçoivent pas ces biens et ces services parce que le vendeur déclare faillite ultérieurement ne bénéficient actuellement d'aucune protection.

Contexte

À l'occasion, des détaillants font faillite, ne laissant aux consommateurs que des créances non garanties et de bien minces chances de recouvrer leur argent. Les consommateurs se sentent toujours lésés dans ce genre de situation parce qu'ils ne se considèrent pas comme des créanciers et qu'ils n'ont jamais eu l'intention de prendre des risques. On améliorerait grandement les chances de recouvrement des sommes en cause en accordant un privilège aux consommateurs.

La question des privilèges a été soulevée au niveau fédéral en 1991-1992 lors des audiences tenues devant les comités parlementaires étudiant les modifications à la LFI. On s'est penché sur la protection visant les fournisseurs impayés qui avait été proposée dans la loi de 1992. On a également laissé entendre que les consommateurs qui versaient des dépôts étaient encore plus vulnérables et qu'ils avaient besoin d'une protection. Aucune disposition n'a été adoptée en 1992 concernant les privilèges des consommateurs.

La Colombie-Britannique a promulgué une loi sur les privilèges des consommateurs en 1993. Cette loi créait un « privilège de l'acheteur » : une sûreté qui s'applique aux achats de biens indéterminés ou éventuels pour usage personnel, familial ou domestique. Le privilège vise tous les comptes du détaillant dans lesquels les dépôts des consommateurs sont versés, de même que les biens de l'inventaire du détaillant qui correspondent à la même description que les biens commandés. Ce privilège de l'acheteur occupe un rang prépondérant par rapport aux réclamations des créanciers garantis.

Le Comité consultatif de la faillite et de l'insolvabilité a envisagé un privilège fédéral pour les consommateurs lors de ses travaux de 1993-1994, mais il n'a fait aucune recommandation. Aucune disposition en ce sens n'a été incluse dans les modifications de 1997.

Points à considérer

Les privilèges des consommateurs visent avant tout des objectifs d'équité. Les consommateurs-déposants sont considérés comme des créanciers vulnérables qui doivent faire l'objet d'une protection spéciale. Comme dans le cas de toutes les propositions visant à donner une protection légale à un groupe particulier de créanciers aux dépens d'autres créanciers, une question importante fait surface. Il s'agit en fait de savoir si la dérogation au principe des paiements égaux est justifiée. Il faut aussi se demander si ces mesures peuvent nuire à la disponibilité du crédit.

Même si la LFI ne prévoit pas de privilèges de consommateurs, si elle était mise à l'épreuve, cette loi pourrait être tenue de reconnaître les privilèges de consommateurs établis en vertu des lois provinciales. S'il apparaît souhaitable de prévoir une protection à l'échelle nationale, un privilège fédéral pourrait être introduit dans la LFI.

Une autre approche, semblable à celle qui existe aux États-Unis, supposerait que l'on accorde le statut de créance privilégiée aux réclamations relatives aux dépôts des consommateurs, en leur donnant préséance par rapport aux créances ordinaires, mais non par rapport aux créances garanties. Le statut de créance privilégiée fournirait une protection plus faible aux consommateurs-déposants que ne le ferait un privilège de consommateurs, mais il nuirait vraisemblablement moins au crédit.

Consultations

L'idée de laisser cette question à la législation provinciale en matière de commerce et de consommation a recueilli un bon appui, car la plupart des intervenants estimaient qu'il ne s'agissait pas d'un gros problème. Bien que l'on ait mentionné que cette question aurait pu être traitée comme relevant de l'insolvabilité commerciale, les commentaires recueillis étaient nombreux et valables.

Bon nombre de syndics et de créanciers ont affirmé que, dans la mesure du possible, ils seraient heureux d'achever la transaction des consommateurs qui ont versé un acompte à une entreprise ayant ultérieurement fait faillite. Comme cela n'est pas toujours possible, on a émis des doutes sur la capacité des syndics de traiter ce genre de situation de manière efficace. Bien que certaines entreprises tiennent des registres adéquats à l'égard de telles transactions, cette pratique n'est pas généralisée. On a aussi fait valoir que l'administration requise pour récupérer des sommes souvent minimes serait trop lourde pour que les syndics soient enclins à accepter de tels dossiers.

Nombre d'intervenants ont jugé qu'il serait équitable d'offrir une compensation, mais il y a eu des divergences d'opinion quant à la meilleure façon de s'y prendre. Bon nombre ont indiqué qu'il faudrait obliger les entreprises à déposer les acomptes dans un compte en fiducie. Une telle mesure outrepasserait toutefois le champ d'application de la législation en matière de faillite. On a également considéré l'option d'accorder aux acomptes le statut de créance privilégiée comme le font déjà les États-Unis, mais on a conclu que cette option ne serait pas pratique puisqu'elle serait plus compliquée que l'attribution d'une simple priorité et qu'elle ne garantirait pas plus le recouvrement.

Étant donné qu'il s'agit selon eux d'un problème relativement mineur et qu'une intervention du fédéral occasionnerait aux autres créanciers des délais, des problèmes et des pertes, la plupart des intervenants trouvaient préférable de laisser les provinces légiférer.

9. AUGMENTATION DES CAS D'INSOLVABILITÉ DES CONSOMMATEURS

Problématique

Au cours des 20 dernières années, le nombre de cas d'insolvabilité des consommateurs a augmenté rapidement. Conséquemment, les divers intervenants ont souligné la nécessité d'envisager l'ajout de certaines mesures dans la LFI pour s'attaquer à cette augmentation.

Contexte

Le nombre de cas d'insolvabilité des consommateurs a augmenté de manière constante pour passer de 21 000 environ en 1980 à presque 93 000 en 2001[8]. La proportion de ces cas est ainsi passée de 1,14 à 3,77 cas d'insolvabilité par tranche de 1 000 consommateurs adultes, soit une augmentation de 230 p. 100. Les consommateurs qui déclarent faillite ne constituent pas seulement un groupe représentatif de la population en générale; ils s'en distinguent à plusieurs égards. Une plus grande proportion de consommateurs insolvables sont jeunes. Les chômeurs et les travailleurs autonomes représentent un pourcentage relativement élevé de ces cas. Les consommateurs insolvables sont également regroupés dans les catégories de personnes à faible revenu. Même s'ils ont tendance à posséder peu d'actifs et à avoir peu de dettes, ils présentent un ratio « dettes par rapport au revenu » relativement élevé, compte tenu de leurs faibles revenus.

Il y a eu un glissement démographique vers plusieurs des catégories qui sont plus vulnérables à l'insolvabilité, y compris les parents célibataires, les travailleurs autonomes et les chômeurs. On a évalué que ce glissement vers les catégories à risques élevés et la vulnérabilité accrue des débiteurs faisant partie de ces catégories pouvaient représenter jusqu'à 40 p. 100 de l'augmentation du nombre de faillites[9].

8. Sommaires des statistiques annuelles, BSF.
9. Craig Campbell, *Increased Rate of Personal Bankruptcy in Canada: Socioeconomic Influences (1976-1997)*, (étude non publiée préparée pour Industrie Canada, décembre 2001).

Le revenu disponible réel des particuliers a été passablement stable au cours des années 1990. Pendant cette période, le niveau d'endettement a augmenté, occasionnant une augmentation constante du ratio des dettes par rapport au revenu.

Deux modifications ayant tendance à freiner la hausse du nombre de cas d'insolvabilité ont été adoptées en 1992. Le recours au crédit-conseil obligatoire a été introduit afin d'améliorer les habiletés des débiteurs à gérer leurs dettes et à réduire l'incidence des cas d'insolvabilité à répétition. Un mécanisme permettant aux débiteurs insolvables de déposer une proposition de consommateurs leur a donné une solution de rechange à la faillite.

Une autre modification a été apportée en 1997 à la LFI pour inciter les débiteurs à assumer plus de responsabilités à l'égard de leurs dettes. Cette modification reflétait les inquiétudes manifestées à cette époque-là, selon lesquelles certains débiteurs profitaient trop rapidement des dispositions relatives à la faillite, utilisant celles-ci pour se décharger de leurs dettes alors qu'ils auraient pu les payer au moins en partie, soit au moyen d'une proposition de consommateur soit au moyen d'autres mesures non liées à la procédure de faillite. Les modifications exigent que les débiteurs en faillite versent à leurs créanciers, pendant qu'ils sont en faillite, la partie de leurs revenus excédant le montant nécessaire pour pourvoir à leurs besoins essentiels. Elles créent également l'obligation pour le syndic de recommander si un failli ne devrait pas être libéré de sa faillite sans condition, compte tenu de sa conduite et de sa capacité de payer une partie de ses dettes. Le syndic, en formulant sa recommandation, et les tribunaux, en décidant s'ils doivent refuser une libération absolue, doivent évaluer si le débiteur a versé l'excédent de ses revenus tel que cela lui a été demandé ou s'il aurait pu déposer une proposition de consommateur réaliste plutôt que de faire faillite. Les modifications apportées en 1997 limitent également l'accès à un nouveau départ pour les débiteurs étudiants en ne permettant pas que ceux-ci soient libérés de leur obligation à l'égard de leur prêt étudiant pendant les deux années suivant la fin de leurs études. Cette période a été portée à 10 ans en 1998 afin de refléter l'augmentation de l'aide accordée aux étudiants dans le budget présenté cette année-là.

Certains des intervenants qui se sont présentés devant le comité parlementaire chargé de l'examen de la législation de 1997 ont laissé entendre que les modifications étaient abusives envers les débiteurs et que les créanciers devaient également assumer une certaine part de responsabilité pour le niveau élevé d'endettement des consommateurs.

Pour appuyer ces affirmations, les intervenants ont fait référence aux messages publicitaires énergiques que produisaient les prêteurs pour inciter les consommateurs à emprunter et aux campagnes de sollicitation des sociétés émettrices de cartes de crédit dont faisaient trop souvent l'objet ces mêmes consommateurs.

Points à considérer

L' augmentation des cas d'insolvabilité, non seulement en nombre absolu mais également par habitant, constitue une source d'inquiétude pour bon nombre d'intervenants du monde de l'insolvabilité des consommateurs. Compte tenu des dernières tendances sociales au Canada, à savoir le glissement de la population vers les catégories où les risques de se retrouver en situation d'insolvabilité sont plus élevés, on pourrait s'attendre à ce que le nombre de cas d'insolvabilité soit à la hausse, peu importe les dispositions législatives en vigueur en matière d'insolvabilité. La hausse du niveau d'endettement et la croissance des dettes par rapport au revenu sont deux facteurs qui influent sur le nombre de cas d'insolvabilité; la législation en matière d'insolvabilité pourrait exercer une certaine influence à ce chapitre.

La croissance du ratio des dettes par rapport au revenu pourrait s'expliquer de façons multiples. Elle pourrait être le résultat du changement d'attitude des emprunteurs et des prêteurs à l'égard des risques, d'une attitude plus tolérante des consommateurs à l'égard de la faillite et d'une atténuation des craintes associées à la faillite.

Les dispositions de la LFI relatives à un nouveau départ offrent une protection essentielle aux débiteurs consommateurs contre le désastre financier. Elles exposent également les prêteurs à des risques accrus et peuvent provoquer des risques moraux et des problèmes d'antisélection pour les prêteurs. Les dispositions se rapportant à un nouveau départ incitent les prêteurs à assurer un suivi auprès de leurs débiteurs, et les particuliers à planifier leur avenir.

S'il est déterminé que la croissance de l'endettement constitue un problème et que la législation en matière d'insolvabilité doive faire davantage pour le solutionner, on pourrait apporter un complément aux mesures incitant les débiteurs à assumer une plus grande part de responsabilité à l'égard de leurs dettes, qui ont été intégrées à la LFI en 1997, en bonifiant cette loi de certains incitatifs à l'égard des créanciers. Une approche proposée par les intervenants pourrait être d'attribuer un rang inférieur, dans l'ordre des priorités en cas de faillite, aux créances liées aux types de prêts personnels que l'on voudrait dissuader.

Consultations

Cette question a provoqué des discussions longues et variées qui vont de la responsabilité du consommateur aux pratiques des prêteurs, en passant par les réalités économiques actuelles, le rôle social de la législation sur la faillite et la réduction des séquelles laissées par la faillite. Bien qu'il n'y ait aucun consensus à l'égard des questions individuelles, les

intervenants sont en général d'avis que l'augmentation des cas d'insolvabilité ne relève pas de la législation en matière d'insolvabilité.

En général, les intervenants estiment que l'augmentation des cas d'insolvabilité découle de plusieurs facteurs interreliés. Certains de ces facteurs sont de nature sociale et ne peuvent être réglés par législation; par conséquent, il ne serait pas pratique ni équitable de tenter de régler des facteurs particuliers isolément. Plusieurs sont d'avis que l'augmentation des faillites de consommateurs va de paire avec la nature de notre économie, qui repose davantage sur le crédit que par le passé. Par ailleurs, bien que les pratiques d'octroi du crédit soulèvent des inquiétudes, il s'agit de transactions commerciales, qui constituent une question distincte relevant d'une autre législation. La législation en matière d'insolvabilité ne devrait donc pas être utilisée pour parfaire des pratiques commerciales. Selon certains, le consommateur est tout aussi responsable de l'utilisation qu'il fait du crédit que l'est le prêteur de l'offrir. Par conséquent, il serait erroné de ne pénaliser qu'une seule des parties concernées comme le propose une des options du document de travail.

D'autres intervenants ont émis l'hypothèse que l'augmentation provient en partie de la facilité avec laquelle les consommateurs peuvent faire faillite et que le régime actuel ne fait pas suffisamment pour que la faillite soit une solution indésirable, un choix de dernier recours. Quelques créanciers partagent cette opinion et expliquent que le taux actuel de mauvaises créances est demeuré proportionnel au crédit octroyé, ce qui laisse présumer que l'augmentation du crédit n'est pas la cause fondamentale de la hausse des cas de faillite.

10. PRÊTS ÉTUDIANTS

Problématique

L'enjeu consiste à déterminer s'il n'y aurait pas lieu de modifier les dispositions de la LFI qui restreignent la capacité des étudiants en faillite d'obtenir une libération de leurs prêts étudiants pendant une période de 10 ans.

Contexte

En 1997, les modifications apportées à la LFI empêchaient les personnes en faillite d'être libérées de leurs prêts étudiants si elles étaient encore aux études ou pendant les deux premières années suivant la fin de leurs études. Ces modifications avaient été apportées afin d'assurer la viabilité du Programme canadien de prêts aux étudiants.

Au cours de la période 1990-1991 à 1995-1996, le nombre de faillites mettant en cause des prêts étudiants a augmenté de plus de 73 p. 100. Par ailleurs, en ce qui concerne le Programme canadien de prêts aux étudiants, les pertes ont augmenté de 127 p. 100 au cours de cette même période, pour passer de 40,1 millions de dollars à 91,1 millions de dollars[10].

10. DRHC, Programme canadien de prêts aux étudiants, Claims Legacy Files.

En 1998, le gouvernement apportait de nouvelles modifications à la LFI dans le cadre de son budget. En vertu de ces modifications, toute personne qui a une dette découlant d'un prêt étudiant et qui fait faillite pendant qu'elle est étudiante ou dans les 10 années après la fin de ses études ne pourra obtenir la libération de la dette liée aux prêts étudiants et aux intérêts dus à l'égard de cette dette.

Si une personne fait faillite pendant cette période de 10 ans et qu'elle doit toujours des sommes d'argent au titre de ses prêts étudiants au terme de cette période, elle peut adresser une demande aux tribunaux afin d'obtenir une libération à l'égard du solde de ses prêts étudiants. Afin d'être admissible à cette libération, le demandeur doit avoir agi de bonne foi par rapport au prêt et prouver qu'il continuera à éprouver des difficultés financières telles qu'il ne pourra rembourser ces prêts.

Les modifications de 1998 visaient à refléter les avantages importants consentis aux étudiants dans le budget de 1998. Ces avantages comprenaient un nouveau et vaste programme de bourses d'études (Fonds canadien des bourses d'études du millénaire) offert dans le cadre de la Stratégie canadienne pour l'égalité des chances. Le Fonds a augmenté de manière significative les subventions non remboursables offertes aux étudiants, et de nombreuses mesures d'allégement ont été mises à la disposition des étudiants bénéficiant d'un prêt en vertu du Programme canadien de prêts étudiants. Ces mesurent comprennent :

- une période de grâce de six mois avant le début du remboursement;
- une exemption des intérêts pendant une période de 30 mois et une possibilité de prolongation pour une autre période de 24 mois pour les étudiants éprouvant des difficultés financières prolongées;
- une prolongation possible de la période de remboursement des prêts pouvant aller jusqu'à 15 ans;
- une réduction possible du montant du prêt pouvant atteindre 10 000 $.

Les modifications apportées à la LFI en vertu du budget de 1998 avaient pour but de faire en sorte que les étudiants profitent de ces généreuses mesures d'allégement avant d'envisager la faillite. Ce faisant, les modifications ont limité les pertes sur les prêts étudiants et ont contribué à garantir la disponibilité constante de fonds pour les prêts étudiants.

Points à considérer

Les dispositions concernant les prêts étudiants sont présentement contestées devant les tribunaux au motif qu'elles portent atteinte aux droits des étudiants en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Compte tenu de cette situation, aucun changement possible n'a été étudié.

Consultations

La question des prêts étudiants a été soulevée par les intervenants dans chacune des séances de consultation. De plus, lors de la séance tenue à Ottawa, la question a fait l'objet d'une présentation par les représentants de l'Alliance canadienne des associations étudiantes (ACAE).

La plupart des intervenants estimaient que les règles actuelles à l'égard de la libération des prêts étudiants sont trop sévères. Nombreux sont ceux qui estimaient que ces prêts devraient être traités de la même manière que tout autre prêt. Plusieurs considéraient les restrictions en vigueur comme inéquitables et certains estimaient qu'elles ne reflètent pas la réalité. On a mentionné qu'il y a en réalité de nombreuses personnes qui, malgré leurs efforts, doivent faire faillite, et que bien souvent cette faillite n'est pas d'un grand secours puisque la principale dette de ces personnes est un prêt étudiant qui ne ferait pas l'objet d'une libération.

Selon l'ACAE, l'ancien délai de deux ans n'a pas été en vigueur assez longtemps pour en évaluer les résultats avant de hausser la durée à dix ans. L' Alliance a proposé de ramener cette période à cinq ans et d'évaluer les résultats. Une autre proposition voudrait que l'on fasse des prêts étudiants une créance privilégiée qui serait toujours incluse dans la faillite. On a également souligné que les dispositions à l'égard des prêts étudiants s'appliquent à toute personne qui n'a pas détenu le statut d'étudiant pendant

au moins dix ans, plutôt que de s'appliquer aux prêts d'au moins dix ans. Pour quelqu'un qui retourne aux études, le système actuel fait en sorte que le calcul de la période de dix ans reprend de zéro, même si l'étudiant n'a pas contracté de nouveaux prêts étudiants et que les derniers prêts qu'il a obtenus sont déjà vieux de quinze ans.

Enfin, bien que cette question dépasse le champ d'intervention de la législation en matière d'insolvabilité, on a mentionné que les prêts sont aisément accessibles pour financer des cours qui, selon l'expérience des syndics, ne permettront vraisemblablement pas à l'étudiant d'épouser une carrière qui lui permettra de rembourser ses prêts.

11. CESSIONS DE SALAIRE

Problématique

Certains intervenants, notamment du monde de la finance, aimeraient rétablir l'efficacité des cessions de salaire.

Contexte

Une cession de salaire est une sorte de sûreté pour les prêts à la consommation dans le cadre desquelles la garantie est constituée par une portion des salaires futurs de l'emprunteur. Les cessions de salaire sont permises en Ontario et au Manitoba. Les coopératives d'épargne et de crédit sont les seules à pouvoir s'en servir.

Avant 1992, les cessions de salaire étaient exécutoires contre des salaires gagnés entre le moment de la faillite et celui de la libération. Les coopératives d'épargne et de crédit acceptaient régulièrement les cessions de salaire de la part des emprunteurs comme garanties, et ce jusqu'à concurrence de 20 p. 100 des salaires.

En 1992, l'article 68.1 a été ajouté à la LFI; cet article prévoit que les cessions de salaires présents ou futurs qui ont été faites avant la faillite ne s'appliquent pas aux salaires gagnés après la faillite. Les coopératives d'épargne et de crédit de l'Ontario ont soutenu que, en raison de l'article 68.1, les autres créanciers, y compris les organismes émetteurs de cartes de crédit, qui demandent des taux plus élevés que les coopératives d'épargne et de crédit, reçoivent des sommes d'argent qui leur revenaient par le passé. Elles ont donc demandé la révocation de l'article 68.1.

Points à considérer

La cession de salaire peut être l'unique garantie dont dispose un débiteur, et la capacité de ce dernier d'obtenir un prêt peut dépendre de la possibilité d'y avoir recours. Par contre, étant donné que la garantie au titre d'une cession de salaire consiste en une partie importante des gains futurs d'un débiteur, l'exécution d'une cession de salaire dans le cadre d'une faillite peut compromettre sérieusement les chances du débiteur d'obtenir un nouveau départ. La possibilité pour un créancier d'avoir recours à la

cession de salaire réduit aussi les montants pouvant être recouvrés par les autres créanciers dans une faillite.

L'article 68.1 qui rend inexécutables les cessions de salaire, résout les problèmes relevés dans la loi d'avant 1992. Ces problèmes comprenaient le recours à des stratégies de la part des coopératives d'épargne et de crédit qui tentaient de retarder la libération d'un failli pendant qu'une cession de salaire était encore en vigueur; quant aux syndics, ils tentaient de faire devancer le plus possible la date de la libération dans le but d'aider le débiteur. L'article 68.1 augmente les risques de crédit pour les coopératives d'épargne et de crédit dans les provinces qui autorisent les cessions de salaire et peut donner lieu à une diminution du crédit mis à la disposition des emprunteurs membres d'une coopérative d'épargne et de crédit. Malgré cela, les coopératives d'épargne et de crédit des autres provinces ont été en mesure de poursuivre leurs activités sans qu'un tel mécanisme ne soit disponible. Les coopératives d'épargne et de crédit des provinces qui permettent les cessions de salaire semblent s'être bien adaptées à l'article 68.1. Dans l'ensemble, les répercussions sur la disponibilité du crédit pourraient s'avérer peu importantes.

L'abrogation de l'article 68.1 réduirait les chances d'un débiteur d'obtenir un nouveau départ, et les problèmes liés aux recours à des stratégies, qui ont été résolus par l'article 68.1, referaient surface. Les autres créanciers auraient un accès moindre aux revenus gagnés par le débiteur après la faillite, parce que les revenus excédentaires prévus par l'article 68.1 diminueraient vraisemblablement. En revanche, les risques de crédit pour les coopératives d'épargne et de crédit seraient réduits et les emprunteurs pourraient avoir accès à davantage de crédit.

Consultations

La plupart des intervenants étaient en faveur de laisser les dispositions relatives aux cessions de salaire entre les mains des coopératives d'épargne et de crédit, comme c'est le cas actuellement.

Les représentants des coopératives d'épargne et de crédit ont affirmé que leurs coopératives diffèrent des établissements de crédit conventionnels et qu'elles desservent souvent des secteurs qui, sans elles, ne recevraient pas de service. Malgré cette affirmation, les autres intervenants ont été d'avis que les coopératives d'épargne et de crédit peuvent recouvrer les sommes qui leur sont dues de la même manière que les autres prêteurs, c'est-à-dire en recevant une partie du produit de la vente des actifs et des revenus excédentaires du failli. Les intervenants ont également fait valoir que comme seulement deux provinces permettent des ententes de priorité, les cessions de salaire compliqueraient encore davantage le système et réduiraient tout recouvrement obtenu par les autres créanciers au moyen des revenus excédentaires. Enfin, on s'est inquiété du fait que la pratique des cessions de salaire inciterait les coopératives d'épargne et de crédit à s'opposer à la libération des faillis afin de prolonger leur période de recouvrement.

APPENDICES

APPENDICE A MODIFICATIONS RÉCENTES APPORTÉES À LA LÉGISLATION

Les modifications de 1992 visaient entre autres ce qui suit :

- rendre inefficaces en cas de faillite les fiducies réputées qui protègent les créances de la Couronne. Cette mesure ne s'applique toutefois pas aux fiducies réputées qui protègent les créances de la Couronne relatives aux retenues à la source de l'impôt sur le revenu, des cotisations au titre du Régime de pensions du Canada, du Régime de rentes du Québec et de l'assurance-emploi;
- reconnaître uniquement les sûretés d'origine législative qui protègent les créances de la Couronne et qui sont enregistrées, et subordonner ces créances à des sûretés concurrentes préalablement enregistrées;
- retirer le statut de créance privilégiée aux créances de la Couronne, de façon générale;
- imposer une suspension automatique des procédures pour empêcher les créanciers garantis d'exécuter leur sûreté dans le cadre de propositions de réorganisation commerciale;
- introduire une obligation de rendre des comptes à l'égard des mises sous séquestre afin de permettre au BSF de recueillir les renseignements concernant lesdites mises sous séquestre et de les superviser;
- introduire un droit permettant aux fournisseurs impayés de reprendre possession des biens dans les 30 jours suivant leur livraison;
- mettre en œuvre un régime distinct pour les propositions de consommateurs;
- protéger les syndics contre les créances liées aux dommages causés à l'environnement;
- accroître le pouvoir d'attribution de licences du Bureau du surintendant des faillites.

Les principales réformes apportées en 1997 comprenaient les suivantes :

- améliorer la protection du syndic contre les créances liées aux dommages causés à l'environnement et leur accorder une protection contre la responsabilité personnelle à titre de nouvel employeur;
- accorder à la Couronne une super-priorité (c'est-à-dire une créance de premier rang contre l'actif du débiteur) à l'égard des coûts liés à tout nettoyage des dommages causés à l'environnement;
- limiter la responsabilité personnelle des administrateurs pendant la réorganisation d'entreprise;
- introduire des règles régissant les faillites de courtiers en valeurs mobilières et les cas d'insolvabilité en contexte international;
- harmoniser les éléments de la LACC et de la LFI;
- exiger des personnes en faillite qui disposent d'un revenu excédentaire à celui nécessaire pour pourvoir à leurs besoins fondamentaux qu'elles versent certains montants à leurs actifs au profit de leurs créanciers;
- accroître davantage le pouvoir d'émission de licences du Bureau du surintendant des faillites.

APPENDICE B PRIORITÉ DES CRÉANCES

La priorité des créances constitue un élément fondamental de la législation en matière d'insolvabilité. La principale caractéristique d'une situation d'insolvabilité est qu'il n'y a pas assez d'argent pour satisfaire tous les créanciers. Pour un certain nombre de raisons, les créanciers ne sont pas tous traités de la même façon : ils sont plutôt classés par catégories, et ceux qui appartiennent à certaines d'entre elles ont le droit de percevoir leurs créances avant les autres. En cas d'insolvabilité, les réclamations des créanciers reflètent diverses lois tant à l'échelle fédérale que provinciale.

Les créances dotées d'une « super-priorité » seront réglées en premier. Une super-priorité est une créance qui, de par la loi, occupe un rang de priorité supérieur par rapport à celles des autres créanciers, quels que soient les droits issus du contrat ou les droits inférieurs issus de la loi. Il existe deux super-priorités, toutes deux en faveur de la Couronne. La première s'applique dans le cadre de l'indemnisation liée à des dommages causés à l'environnement. La seconde s'applique dans le cas des retenues à la source des cotisations au titre du Régime de pensions du Canada et de l'assurance-emploi ainsi que des retenues d'impôt de l'employé qui n'ont pas été versées.

Les « créanciers garantis » viennent au deuxième rang eu égard au paiement des créances. Ceux-ci peuvent avoir obtenu leur sûreté grâce à une entente de gré à gré conclue entre le débiteur et le créancier (comme un contrat de prêt hypothécaire). Dans ces cas, les créanciers garantis protégeront généralement le rang qu'ils détenaient précédemment en enregistrant leur contrat de garantie dans un registre reconnu. Les règles relatives à l'enregistrement et à la priorité des créances qui s'appliquent à ces contrats de garantie sont principalement régies par la législation provinciale. La LFI et la LACC reconnaissent ces règles.

Les « créanciers privilégiés » se présentent après les créanciers garantis. Leurs droits leurs sont conférés par la loi et ne s'appliquent que dans le cadre des procédures de faillite. L'article 136 de la LFI régit la répartition des biens qui restent au débiteur une fois que les créanciers garantis ont exécuté leur garantie. Il prévoit que les produits de la vente des biens d'un débiteur failli doivent être distribués, sous réserve des droits des créanciers garantis, entre neuf catégories de réclamations de créanciers privilégiés classées comme suit :

1. les frais de funérailles du failli;
2. les frais administratifs de la faillite (honoraires des syndics et frais juridiques);
3. un prélèvement imposé sur tous les actifs pour aider à assumer les dépenses du BSF;
4. les créances salariales jusqu'à concurrence de 2 000 $, plus 1 000 $ pour les dépenses des voyageurs de commerce;

5. les créances relatives aux pensions alimentaires et aux frais d'entretien;

6. les taxes municipales;

7. les créances du bailleur relatives au loyer;

8. les coûts engagés par le créancier qui a exécuté sa créance le premier;

9. les créances des travailleurs à l'égard de blessures non visées par la législation en matière d'accident du travail.

Les réclamations des créanciers relevant de chacune des classes doivent être réglées en totalité avant que l'on ne verse quoi que ce soit aux créanciers des classes inférieures.

Tous les fonds disponibles après le règlement des créances privilégiées sont distribués parmi les « autres créanciers » au pro rata de leurs créances. Une exception s'applique cependant dans le cadre de certains types de créances différées qui occupent un rang inférieur. Les créances salariales des conjoints des faillis ne sont pas réglées avant celles des autres créanciers. Les créances salariales des autres membres de la famille d'un employeur failli n'ont pas de statut privilégié.

En outre, il existe des dispositions particulières pour des groupes comme les fournisseurs impayés. Ces dispositions n'améliorent pas le rang de leur créance mais leur accordent des droits particuliers comme la possibilité de reprendre possession des biens vendus au débiteur.

APPENDICE C LISTE DES MÉMOIRES

Les intervenants suivants ont présenté des mémoires et ont consenti à leur publication (fournis au Comité dans un document distinct).

Agence des douanes et du revenu du Canada, gouvernement du Canada

Alliance canadienne des associations étudiantes

Association canadienne de l'immeuble

Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation

Association des banquiers canadiens (2 mémoires)

Association des distributeurs de REEE du Canada

Barnes, Stephen H., MacKay and Company Ltd.

Bourse de Toronto

British Columbia Securities Commission

Bureau de crédit d'Ottawa et Hull

Canadian Association of Insurance and Financial Advisors

Commission des valeurs mobilières de l'Ontario

Fédération des caisses Desjardins du Québec

Fiducie Desjardins inc.

Honsberger, John D., Raymond and Honsberger

Institut d'insolvabilité du Canada

Klotz, Bob, Klotz Associates

Masse, Stan

Mauro, Cathy

O'Meara, Marc

Owen, John, Omega-One Ltd.

Saskatchewan Labour, gouvernement de la Saskatchewan

Steele, Andy, Compaq Canada

Syncrude Canada Ltd.

Ziegel, Jacob

GLOSSAIRE

Les définitions suivantes constituent un outil de référence dans le seul cadre du présent document. Les textes de loi peuvent comporter des définitions officielles devant être utilisées dans d'autres contextes.

ENTENTE DE RÉAFFIRMATION — Entente par laquelle un débiteur consommateur rétablit une dette qui avait été éliminée dans le cadre de la procédure de faillite ou de réorganisation, généralement dans le but d'obtenir un nouveau crédit.

CESSION DE SALAIRE — Affectation d'une portion des gains futurs d'une personne à titre de garantie ou de sûreté pour un prêt ou un crédit.

CRÉANCE GARANTIE — Réclamation d'un créancier qui est garantie par les actifs du débiteur en cas de défaut de paiement.

CRÉANCIER — Personne, entreprise ou société détentrice d'une créance. Aux fins de la LFI, un créancier est une personne détentrice d'une créance garantie, non garantie ou privilégiée qui peut être prouvée en vertu de la Loi.

CRÉANCIER GARANTI — Créancier qui détient une sûreté ou une garantie à l'égard d'une dette. La sûreté ou la garantie peut prendre la forme d'une hypothèque, d'une charge, d'un gage, d'une sûreté ou d'une garantie en vertu de la *Loi sur les sûretés mobilières* ou de toute autre sûreté ou garantie.

CRÉANCIER NON GARANTI — Créancier qui a prêté de l'argent ou fourni des biens ou services à un débiteur sans garantir la dette au moyen d'un accord de sûreté ou de garantie quelconque contre les actifs du débiteur.

CRÉANCIER PRIVILÉGIÉ — Créancier qui ne détient pas de sûreté ou de garantie pour la dette qui lui est due mais qui entre dans l'une des catégories présentées à l'article 136 de la LFI. Ces créanciers occupent un rang supérieur dans l'ordre de priorité des créances par rapport à d'autres créanciers non garantis.

DÉBITEUR — Personne, entreprise ou société qui a une dette envers d'autres parties. Aux termes de la LFI, un débiteur est une personne qui résidait au Canada ou y exerçait des activités au moment où elle est devenue insolvable.

FAILLITE — Statut juridique d'un failli, qui est une personne qui a fait faillite en vertu de la LFI, soit volontairement en procédant à une cession des biens en vertu de la LFI, soit involontairement par l'entremise d'une ordonnance de séquestre rendue contre elle.

FIDUCIE RÉPUTÉE — Priorité d'origine législative en vertu de laquelle les actifs d'un débiteur sont réputés détenus en fiducie pour des créanciers déterminés auxquels la priorité est accordée. Par conséquent, ces actifs ne peuvent être distribués aux autres créanciers du débiteur. La LFI ne reconnait pas les fiducies réputées qui accordent une priorité aux créances de la Couronne, autres que celles qui protègent les créances de la Couronne à l'égard des retenues à la source de l'impôt sur le revenu et des cotisations au titre du Régime de pensions du Canada, du Régime de rentes du Québec et de l'assurance-emploi.

FINANCEMENT DU « DÉBITEUR EXPLOITANT » — Financement obtenu par un débiteur en cours de réorganisation. Cette notion a comme caractéristique importante d'accorder au nouveau prêteur la priorité sur les autres créanciers existants.

INSOLVABILITÉ — Ce terme a deux significations : juridique et comptable. Il décrit la situation d'une personne, d'une entreprise ou d'une société qui, bien que n'étant pas en faillite, ne peut satisfaire à certaines normes de viabilité financière. La LFI définit une personne insolvable comme une personne qui ne peut régler ses dettes lorsqu'elles arrivent à échéance, qui a cessé de payer ses dettes ou dont les actifs ne suffiraient pas à régler ses dettes.

LIQUIDATION — Aliénation des actifs du débiteur dont le produit servira à régler ses dettes et ses obligations.

PRÉFÉRENCES — Paiement effectué par un débiteur insolvable au profit d'un ou de plusieurs créanciers, mais au détriment d'autres créanciers. La LFI prévoit que le syndic peut annuler certains transferts de biens ou paiements effectués au profit d'un créancier par un débiteur qui fait ensuite faillite, dans l'intention de privilégier ce créancier au détriment des autres.

PRIORITÉ — Classement des créanciers visant à déterminer dans quel ordre ils pourraient être payés.

PRIVILÈGES DE CONSOMMATEURS — Droit de priorité détenu par un consommateur contre les actifs d'une entreprise auprès de laquelle ledit consommateur a laissé un dépôt ou un acompte pour des biens ou des services que l'entreprise n'a pas livrés.

PROPOSITION DE CONSOMMATEURS — Proposition faite par un débiteur consommateur en faveur de ses créanciers en vertu de la section II de la partie III de la LFI dans l'intention de restructurer sa dette. Dans le cadre d'une proposition typique, le débiteur remboursera un montant inférieur à l'ensemble de ses dettes, mais supérieur à celui qu'il aurait pu verser s'il avait fait faillite.

RÉORGANISATION — Procédure prévue aux termes de la LACC ou de la section I de la partie III de la LFI ayant pour objet la restructuration de la dette d'une entreprise de façon à permettre la poursuite des activités. Dans le cas d'une proposition typique, les créanciers reçoivent un montant inférieur au montant total qui leur est dû, mais supérieur à ce qu'ils recevraient si l'entreprise faisait faillite.

ROULEMENT D'ACTIF — Terme communément utilisé pour décrire une situation dans laquelle les dirigeants d'une entreprise en faillite rachètent les actifs de cette entreprise en vue de relancer le même genre d'affaire. Le fait que les dirigeants continuent d'exercer le même type d'activités sous un nouveau nom, tandis que les créanciers de l'entreprise en faillite subissent une perte, est sujet de préoccupation. Une telle situation est parfois désigné sous l'appellation « flips ».

SÉQUESTRE — Personne nommée en vertu des modalités d'un contrat conclu avec un débiteur ou par le tribunal et dont les pouvoirs sont précisés dans le contrat ou par le tribunal. Ces pouvoirs peuvent comprendre la prise de possession ou de contrôle d'une partie ou de la totalité des actifs du débiteur, la réalisation des actifs et le versement du produit au créancier, en vertu du contrat, jusqu'à concurrence du montant de la dette existante, ou aux créanciers de façon générale.

SUPER-PRIORITÉ — Priorité accordée par la loi et qui attribue à une créance donnée un rang supérieur à celui de toutes les autres créances, y compris celles des créanciers garantis.

SÛRETÉ — Actif du débiteur sur lequel un créancier garanti a un droit en cas de défaut de paiement du débiteur.

SUSPENSION DES PROCÉDURES — Dans le cadre des procédures de faillite et d'insolvabilité, la suspension, par voie législative ou judiciaire, de la capacité d'un débiteur d'exercer un droit qu'il posséderait dans d'autres circonstances et qui lui permettrait d'intenter une action en justice, y compris le recouvrement d'une créance.

SYNDIC — S'entend d'une personne autorisée par le Bureau du surintendant des faillites à administrer les propositions et les faillites en vertu d'une licence.

TRANSFERTS INFÉRIEURS À LA JUSTE VALEUR — Vente de biens, le plus souvent à une partie liée, par une personne, une entreprise ou une société insolvable à un prix considérablement inférieur à la juste valeur.